

CONTRATO ESTATAL –Contradicción probatoria – Garantía

Esto significa que el respeto a [...] [!]la garantía de la contradicción no se subordina a esa inferencia de la parte ni a la presunción de conocimiento de la información que trata de establecer, aun cuando sea cierto que los mismos sujetos procesales son parte en otro proceso, y que por eso tuvieron acceso a esos documentos. [...]De hecho, los elementos de convicción, en cada proceso, tienen diferente valor y pueden apreciarlos uno u otro juez de manera diferente, conforme a los principios de la sana crítica; así como en una u otra actuación judicial pueden ser o no pertinentes, útiles o inútiles, y/o congruentes o incongruentes; además de que ni siquiera se tiene certeza que el IDU conocía la totalidad de las actuaciones surtidas en los procesos de acciones populares.

CONTRATO ESTATAL – Laudo –Fallo en conciencia – Fallo en derecho

El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley¹. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender², o verdad sabida y buena fe guardada -*ex aequo et bono*-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. En tal sentido, el Consejo de Estado indicó en el año 2000:

De esta manera, puede suceder que el fallo sea *técnico*, y no en *derecho* ni en *equidad*, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas³. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta.

Ahora, para distinguir el *fallo en derecho* de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: “es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”, de manera que la concreción de esta expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho. Decisión en conciencia, sometida a un tribunal de arbitramento, tiene la aptitud de dirimir el conflicto, porque las partes se muestran dispuestas a aceptar la decisión que toma una persona –árbitro- que goza ante ellas de una altura moral, académica, ética o profesional que les es digna de aceptar sin reparos, porque respetan su juicio y ponderación en la manera de percibir la justicia de un caso concreto. El problema es que este juicio no lo admite la ley tratándose de los tribunales de arbitramento donde es parte una entidad estatal.

Por el contrario, el fallo en derecho obedece a un sistema instituido por el juicio jurídico objetivo, cuyas reglas no crea ni propone cada sujeto que funge de juez, sino que se origina en un contexto general que si bien integra a todos los individuos no necesita de cada uno para que exista. El derecho positivo, por estas mismas razones, se impone y antepone al juez. Su deber es observarlo, incluso si no lo comparte – salvo el juicio propio de la excepción de inconstitucionalidad de la norma que debe aplicar-.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Subsección C

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero dos mil catorce (2014)

Radicación: 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922)
Convocante: Concesión Parqueadero 77 S.A., Concesión Parqueadero Calle 85 S.A., y otros.
Convocada: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-
Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 20 de noviembre de 2012, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre las sociedades: Concesión Parqueadero Calle 77 S.A., Concesión Parqueadero Calle 85 S.A., Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. y Concesión Parqueadero Calle 97 S.A. –en adelante la demandante, la convocante o la parte actora- y el Instituto de Desarrollo Urbano –en adelante el IDU, el demandado, la convocada o la entidad- (fls. 6 a 72, cdno. ppal.) que concedió parcialmente las pretensiones, en los siguientes términos:

"4. PARTE RESOLUTIVA

"Con apoyo en todas las consideraciones anteriormente expuestas, el Tribunal de Arbitraje, convocado para resolver las diferencias entre las sociedades **CONCESIÓN PARQUEADERO CALLE 77 S.A., CONCESIÓN PARQUEADERO CALLE 85 S.A., CONCESIÓN PARQUEADERO CALLE 90 S.A. Y CONCESIÓN PARQUEADERO CALLE 97 S.A.**, de una parte, y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C., IDU**, de otra parte, diferencias derivadas de los contratos de concesión números, respectivamente, 386,387,385 y 388, administrando justicia por delegación de las partes, de manera parcialmente unánime y parcialmente mayoritaria,

"RESUELVE:

“Primero:

“Declararse competente para resolver las cuestiones que le fueron sometidas por las partes, con las precisiones indicadas en la parte motiva de este laudo. Como consecuencia, rechazar parcialmente la excepción número tres (3) propuesta por la parte demandada, **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ -IDU--**

“Segundo:

“Con las precisiones indicadas en la parte motiva de este laudo, rechazar la pretensión cuarta de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula 23 de los contratos de concesión celebrados entre las partes.

“Tercero:

“Declarar no probada la excepción por error grave formulada contra el dictamen pericial de la firma **ESTRATEGIAS FINANCIERAS S.A.**, a cargo del perito CARLOS JOSE ESPINOSA LOPEZ, Igualmente, declarar que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las objeciones presentadas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C. -IDU-** contra las mediciones de vehículos aparcados externamente en la zona de influencia de los parqueaderos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo. Por último, teniendo en cuenta la objeción presentada por su contraparte, desechar las conclusiones del informe pericial de carácter financiero aportado por el mismo **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C. -IDU-**.

“Cuarto:

“Declarar debidamente probadas las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda reformada y, como consecuencia, que las demandantes solamente están obligadas a presentar los estados financieros debidamente auditados que correspondan a aquellos que les son obligatorios en razón de la ley y de sus mismos estatutos, junto con la información financiera disponible en su momento. Sin embargo, el (sic) seguimientos de estos estados financieros estarán sometidos a las precisiones hechas en la parte motiva del presente laudo.

“Quinto:

“Declarar que no hay lugar, al menos en este estado de la ejecución contractual, al pago de nuevas anualidades del Ingreso Mínimo Garantizado, en razón de lo previsto en el literal a, numeral 2° de los contrato de concesión suscritos entre las partes en este trámite arbitral y, por consiguiente, rechazar en las condiciones presentes, según lo establecido en la parte motiva de este laudo, la pretensión declarativa quinta y las pretensiones de condena primera, segunda y tercera de la demanda reformada.

"Sexto:

"Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada, Consiguientemente, declarar debidamente probadas, al menos en su efecto dilatorio, las excepciones primera y segunda propuestas por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.

"Séptimo:

"Declarar, por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo, que prospera la pretensión octava de la reforma de la demanda. En esa medida, sujeto a que el Juzgado 38 Administrativo levante la orden de suspensión que pesa sobre el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión, el interventor, una vez reciba la solicitud del concesionario para la realización del inventario de que trata la citada disposición contractual, contará con un plazo de veinte (20) días calendario para ejecutar las gestiones administrativas a fin de contratar o llevar a cabo (según corresponda) la labor requerida. Así mismo, la solicitud para realizar el citado inventario de vehículos, podrá efectuarse, a instancias del concesionario, máximo dos (2) veces al año.

"Octavo:

"Declarar, por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo, que prospera la pretensión décima primera de la reforma a la demanda. En esa medida, sujeto a que el Juzgado 38 Administrativo levante la orden de suspensión que pesa sobre el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión, la metodología y plazos previstos en el literal a) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión para el pago del el (sic) Ingreso Mínimo Garantizado, se deberán aplicar igualmente cuando contractualmente y según lo previsto en este laudo corresponda pagar al concesionario el Ingreso Mínimo Garantizado, en caso de presentarse alguno de los supuestos contemplados en el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión.

"Noveno:

"Condenar solidariamente a las entidades demandantes, debidamente identificadas en el encabezamiento de la parte resolutive de este laudo, sin perjuicio de las compensaciones a que entre ellas haya lugar, a pagar el (sic) **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C. - IDU-**, la suma única de trescientos cinco millones seiscientos seis mil quinientos veintiún pesos (**\$305.606.521**). Este pago deberá hacerse en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la fecha del presente laudo.

"Décimo:

“Disponer que, en firme este Laudo, se protocolice el expediente por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones.

“Undécimo:

“Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes con las constancias de Ley.” –fls. 69 a 72, cdno. ppal.-.

ANTECEDENTES

1. El laudo impugnado

Las sociedades convocantes, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentaron demanda arbitral contra el IDU, con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 22 y s.s., cdno. ppal.-:

“V. PRETENSIONES

“I. PRETENSIONES DECLARATIVAS

“**PRIMERA: DETERMINAR** el alcance de la obligación de aportar al Interventor estados financieros de periodo intermedios debidamente certificados, en los términos de la cláusula 25 de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**.

“**SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que **LAS CONCESIONES** no están obligadas a entregar al **IDU** y/o al interventor del contrato, estados financieros de períodos intermedios.

“**TERCERA: DECLARAR** que **LAS CONCESIONES** no están obligadas a entregar al **IDU**, información empresarial no relacionada con las obligaciones y actividades de la etapa actual de ejecución contractual (Operación).

“**CUARTA: DECLARAR** la nulidad absoluta de la Cláusula 23 de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**.

“**QUINTA: DECLARAR** el incumplimiento grave del **IDU** de la cláusula 10.2 literal a. de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**, al no realizar el pago de la suma de dinero correspondiente al Ingreso Mínimo Garantizado del año 2010, en los términos previstos contractualmente.

“**SEXTA: DECLARAR** que si a partir del año 2011, se configura una de las condiciones contempladas en la Cláusula 10.2, numeral 2 del inciso b de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**, el **IDU** deberá pagar al Concesionario el IMG en los términos previstos contractualmente.

"SÉPTIMA: CONSECUCIONAL. DECLARAR que a partir del 1 de marzo del año 2011 para los contratos de concesión 386, 387 y 388 de 1999 y a partir del 1 de diciembre de 2011 para el contrato de concesión 385 de 1999, de conformidad con la Cláusula 10, numeral 2, inciso b, numeral 2, el **IDU** a través de la **INTERVENTORÍA** está obligado a realizar el conteo de la ocupación promedio de vehículos estacionados en las vías, andenes o calzadas definidas en los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**, con la finalidad de garantizar el IMG a **LAS CONCESIONES**.

"OCTAVA: DETERMINAR, los plazos y períodos en que el **IDU** a través de la **INTERVENTORÍA** deberá ejecutar la obligación de la medición de la ocupación promedio de vehículos estacionados en vías, andenes o calzadas que constituyen la zona de influencia, contemplada en la Cláusula 10, numeral 2, inciso b, numeral 2 de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**, durante los últimos ocho (8) años y nueve (9) meses de la Etapa de Operación de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN**.

"NOVENA: DECLARAR el incumplimiento de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN** por parte del **IDU**, al no adelantar a través de la **INTERVENTORÍA**, la metodología señalada en la Cláusula 10, numeral 2, inciso b, numeral 2 de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN** para la medición de la ocupación promedio de vehículos estacionados en la zona de influencia, a partir del 1 de marzo de 2011 para los contratos 386, 387 y 388 y del 1 de diciembre de 2011 para el contrato de 385 y durante los periodos que se definan de conformidad con la pretensión Séptima anterior.

"DÉCIMA: CONSECUCIONAL. DECLARAR que en caso de que se cumplan los supuestos contenidos en la Cláusula 10, numeral 2, inciso b, numeral 2 de los contratos de concesión el **IDU** está obligado a reconocer y pagar el INGRESO MÍNIMO GARANTIZADO a **LAS CONCESIONES**.

"DÉCIMA PRIMERA: DETERMINAR, que la metodología y los plazos contemplados en la cláusula 10.2, literal a) de los contratos de concesión para el pago del IMG durante los primeros 10 años de la etapa de operación de las concesiones, se deberán aplicar igualmente por el **IDU** para pagar al **CONCESIONARIO** el Ingreso Mínimo Garantizado -IMG- durante los 10 años restantes de dicha etapa, en el evento en que se configuren los supuestos contenidos en la Cláusula 10, numeral 2, inciso b, numeral 2.

"II. PRETENSIONES DE CONDENA

"PRIMERA. CONDENAR al **IDU** a pagar al **CONCESIONARIO** el Ingreso Mínimo Garantizado correspondiente al año 2010 y los correspondientes intereses de mora en los términos previstos contractualmente.

"SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, **CONDENAR** al **IDU** a pagar al **CONCESIONARIO** el valor de los perjuicios de todo orden ocasionados por los incumplimientos

contractuales del **IDU**, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.

"TERCERA. CONDENAR al IDU a reconocer y pagar al CONCESIONARIO la actualización de las sumas dinerarias que resulten a su favor, hasta la ejecutoria del laudo arbitral.

"CUARTA. CONDENAR al IDU al pago de costas y gastos del proceso'."

La convocante adujo que celebró con el IDU los contratos de concesión Nos. 386, 387, 385 y 388, y que en ellos se estableció como obligación a cargo del contratista responder frente al contratante por la prestación del servicio de parqueadero público objeto del contrato. Además, señaló que durante la ejecución del contrato, los concesionarios aportaron al IDU los estados financieros debidamente certificados, con corte al 31 de diciembre de cada año.

No obstante, mediante comunicación No. DTAI 20103750352251, del 27 de julio de 2010, el IDU solicitó los estados financieros de períodos intermedios. En respuesta, la parte convocante, a través de la comunicación No. GC-382-10 del 9 de agosto de 2010, señaló: "...que la preparación y difusión de estados financieros de periodos intermedios no se constituyen en parte de las obligaciones legales ni contractuales a cargo de los concesionarios'." –fl. 27, cdno. ppal.-. Pese a esto, el IDU nuevamente le comunicó a los concesionarios, el 14 de septiembre de 2010, que podía exigir los estados financieros de periodos intermedios debidamente certificados.

De otro lado, la convocante manifestó que también le asistía el derecho a ser indemnizada por la terminación anticipada de los contratos, y que en virtud de la cláusula 1.4.6, consagrada en los pliegos de condiciones, tenía derecho a una "cobertura de ingresos mínimos". En el mismo sentido, señaló que le solicitó al IDU el cumplimiento de la cláusula 10.2 de los contratos que refiere, entre otras cosas, al conteo de vehículos, por parte del contratante, en las zonas objeto del negocio. En respuesta, la convocada contestó que la vigencia de dicha cláusula no se prorrogaría, comoquiera que, para entonces, los concesionarios habían recuperado la inversión realizada en el proyecto, razón por la que no tenían derecho a recibir el IMG –Ingreso Mínimo Garantizado- pactado por las partes.

La convocante, en cambio, afirmó que tenía derecho al pago del ingreso mínimo garantizado –IMG- de los primeros 10 años de la "etapa de operación" –es decir, hasta el

28 de febrero de 2011-, porque así quedó convenido. No obstante, sostuvo que el IDU le informó que, según providencia del Juzgado 38 Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción popular 2010-251 la cláusula 10.2 de los contratos quedó suspendida provisionalmente. Los concesionarios afirmaron que el Juzgado 38 Administrativo no suspendió la totalidad de la cláusula 10.2, porque la decisión judicial sólo se refirió a la vigencia del *literal b* de la misma, y que, por ende, el *literal a* debe aplicarse. Finalmente, señaló que el IDU incumplió los contratos de concesión, porque no pagó el ingreso mínimo garantizado correspondiente al año 2010.

Por su parte, al *contestar la demanda*, el IDU aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: i) "obligación de los concesionarios de aportar los estados financieros a la entidad contratante"; ii) "improcedencia de la obligación por parte del IDU de pagar el Ingreso Mínimo Garantizado del año 2010 por rentabilidad de las utilidades tratándose de dineros públicos"; iii) "inexistencia del incumplimiento contractual por parte del IDU en el no reconocimiento ni pago de la garantía de Ingresos Mínimos del año 2010"; iv) "pleito pendiente. Conocimiento del Juez Administrativo (Acción Popular) controversia sobre la cláusula 10.2 Garantía de Ingresos Mínimos"; v) "suspensión de la cláusula 10.2 b) por decisión judicial del Juez 38 Administrativo del Circuito de Bogotá"; vi) "falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir sobre la nulidad de la cláusula 23 relacionada con la indemnización por terminación anticipada del contrato"; vii) "improcedencia de la prórroga de la cláusula 10.2 sobre reconocer y pagar la garantía de Ingresos Mínimos pretendida por los convocantes"; viii) "las demás excepciones que oficiosamente este Tribunal de Arbitramento considere".

Respecto a la solicitud de los estados financieros, manifestó que "esa situación se debió a que el interventor de los contratos solicitó a los concesionarios acreditar las inversiones realizadas mediante los estados financieros intermedios suscritos por su representante legal, certificada por el contador." –fl. 31, cdno. ppal.- y que, como dicho requerimiento no fue atendido por los concesionarios, lo que motivó al IDU a solicitar directamente los estados financieros "para el control del desarrollo de la operación de los parqueaderos y de los recursos" –fl. 31, cdno. ppal.- del contratante.

Sobre el conteo de vehículos, señaló que no se realizaron con la metodología acordada en el contrato, ni se adelantaron dentro del término establecido. En el mismo sentido,

manifestó que el Juzgado 38 Administrativo del Circuito suspendió el *literal b* de la cláusula 10.2 de los contratos, por ende, hasta que la medida no se levantara no podían realizar el conteo de vehículos.

Finalmente, respecto al incumplimiento en el pago del Ingreso Mínimo Garantizado -IMG- del 2010, manifestó que las concesiones no tenían derecho a su reconocimiento, porque “la cláusula de ingresos mínimos no es una obligación automática, es un hecho contingente y un hecho incierto tal como la misma apoderada del concesionario lo expone en la acción popular 11001333103820100025100038, impetrada por la Contraloría de Bogotá que cursa en el Juzgado 38 Administrativo del Circuito” –fl. 31, cdno. ppal.-

El *Tribunal de Arbitramento* estudió las pretensiones en el siguiente orden:

i) en primer lugar consideró que la cláusula 23 de los contratos, cuya nulidad fue solicitada por la convocante, porque a su juicio impide la reparación integral de los perjuicios sufridos ante una eventual declaratoria de terminación anticipada de los contratos, goza de validez y, en consecuencia, encontró lógica la tasación de un resarcimiento por los daños que pudieren producirse ante dicha situación, porque aun cuando a quien cumple le asiste la garantía de un desagravio pleno por un daño causado, “nada impide que las partes alinderen estos derechos, estableciendo una compensación cuantificada, con independencia del monto real de los perjuicios sufridos.” –fl. 40, cdno. ppal.-.

El *a quo* manifestó que la cláusula es una sanción penal, estimatoria anticipada de perjuicios, de aquellas avaladas por los artículos 867 del Código de Comercio y 1592 y siguientes del Código Civil, aplicables a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Por lo expuesto, se abstuvo de declarar la nulidad solicitada y, en consecuencia, rechazó la pretensión cuarta de la demanda.

ii) En segundo lugar, desestimó las objeciones por error grave, de la parte convocada, formuladas contra el dictamen pericial del experto designado por él, comoquiera que demostró únicamente una diferencia de opinión y desacuerdos con las conclusiones emitidas por el experto. Ahora, sobre las objeciones formuladas contra las mediciones de parqueo efectuadas por las demandadas, el Tribunal manifestó que este

asunto no tenía incidencia en la decisión, razón por la cual no era del caso examinar la prueba y menos ocuparse de las objeciones formuladas contra ella.

Respecto al dictamen financiero objetado por la demandante, aseguró que, con fundamento en la prueba decretada que confirmó su oposición, le asistió razón a la convocante y por ende el laudo se apoyaría en las conclusiones concordantes sobre la naturaleza del IMG y los resultados financieros de las partes demandantes, "desechando por tanto las conclusiones del experticio presentado por el IDU, que fue objeto de los reparos de su contraparte." –fl. 46, cdno. ppal.-.

iii) *En tercer lugar*, sobre la obligación de las convocantes de presentar al IDU estados financieros intermedios debidamente certificados y suministrar otra información, consideró que en virtud del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la administración está facultada para inspeccionar la ejecución del contrato, en forma directa o a través del interventor designado. Aseguró que, en estos términos, "dicho derecho de vigilancia le debe permitir tener acceso a la contabilidad de las Concesiones en todo momento en que lo desee la entidad contratante, sin que dicho acceso se convierta en un seguimiento que dificulte la operación de dichas Concesiones o le cause molestias que superen lo normal en esta clase de vigilancia." –fl. 49, cdno. ppal.-.

En este orden de ideas, declaró que era obligación de los concesionarios suministrar al IDU los estados financieros debidamente certificados por su revisor fiscal y, además, permitir el acceso a sus respectivas contabilidades, cuando el contratante solicite una inspección razonable de ellas. No obstante, el Tribunal también consideró que como las contratistas no están obligadas a elaborar estados financieros en periodos inferiores a un año, sólo deben suministrar aquellos anuales de fin de periodo. Sin embargo, también concluyó que los concesionarios deben entregar la información contable de que dispongan, sea que corresponda o no a anualidades calendario completas. En este sentido, "si se elaboran estados financieros con periodicidad inferior a un año, sean auditados o no, el IDU tiene derecho a pedirlos en las condiciones que se produzcan." – fl. 50, cdno. ppal.-.

Finalmente, el Tribunal destacó que la información que el IDU requiera debe solicitarse "con intervalos razonables" –fl. 50, cdno. ppal.- y limitarse a los aspectos relacionados con la ejecución del contrato. De esta manera se accedió a las pretensiones primera,

segunda y tercera de la demanda, en el entendimiento de que los estados financieros y demás información requerida por el IDU, se suministre en las condiciones expuestas.

iv) Respecto al *pago del Ingreso Mínimo Garantizado -IMG-*, a favor de los convocantes, señaló que con apoyo en los experticios incorporados al expediente y en los resultados contables de las compañías demandantes, los beneficios contractuales que obtuvieron "han superado en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos. Por este camino, la prolongación del pago del IMG a cargo del IDU acrecentaría, al menos en las condiciones actuales, el desequilibrio en las respectivas relaciones jurídicas, debiendo el fallador corregir esta situación." –fl. 57, cdno. ppal.-.

En este orden de ideas, consideró que el pago del IMG, previsto inicialmente por las partes como una medida para mantener el equilibrio contractual, es innecesario y rompe, precisamente, ese balance pretendido, motivo por el cual el Tribunal no accedió a la pretensión que solicitaba su pago en el año 2010.

En este sentido, concluyó que las entidades convocantes recuperaron rápidamente su inversión y recibieron las utilidades esperadas, situación por la que, en virtud del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, deben cesar los aportes de recursos públicos. Finalmente, afirmó que la decisión de no pagar el IMG era transitoria y definida hasta la etapa de la ejecución contractual, porque este fenómeno puede variar. En consecuencia, el Tribunal no accedió a la pretensión quinta declarativa y a las pretensiones segunda y tercera de condena, en cuanto a los pagos en las condiciones actuales derivados de la aplicación del literal a, del numeral 2 de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión; e igualmente declaró probada la excepción cuarta propuesta por el IDU.

v) El Tribunal también se refirió a la obligación de verificar el número de vehículos en las zonas de influencia de los parqueaderos y la solicitud de declarar la necesidad de pagar el IMG a partir del año 2011. En primer lugar –es decir, respecto a la obligación de contar los vehículos-, se inhibió para pronunciarse, porque se trata de compromisos derivados del *literal b*, numeral 2 de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión, suspendido temporalmente por orden del Juzgado 38 Administrativo del Circuito.

No obstante se pronunció sobre la validez de la cláusula 10.2 del contrato, por ser el juez natural del negocio, en el entendimiento de que su decisión no compromete la del Juez

38 Administrativo. En este sentido, llenó los vacíos existentes en el procedimiento de contar los vehículos en los términos establecidos a folio 65 del laudo.

Por último, declaró que se debe pagar el Ingreso Mínimo Garantizado durante los diez años restantes de ejecución del negocio, siempre que se configuren los presupuestos establecidos en el *literal b* de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión. En virtud de lo analizado, declaró que prosperaban las pretensiones octava y décima primera, en el entendimiento de que lo decidido únicamente tiene aplicación una vez el Juzgado 38 Administrativo del Circuito de Bogotá levante la orden de suspensión del *literal b* de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión.

vi) *Finalmente*, afirmó que como ambas partes satisficieron parcialmente sus pretensiones y excepciones, serían condenadas a pagar las costas del proceso en proporción, así: setenta por ciento (70%) a cargo de los concesionarios, porque las excepciones del IDU se acogieron en mayor medida; y treinta por ciento (30%) a cargo de la administración. En este orden de ideas, condenó solidariamente a los concesionarios, con fundamento en el artículo 825 del Código de Comercio y las agencias en derecho se tasaron en proporción, corriendo la misma suerte de las costas del proceso.

2. El recurso de anulación

La parte convocante cuestionó el laudo arbitral invocando las causales de anulación contempladas en los numerales 4, 6, 7, 8 y 9 del artículo 163 de Decreto 1818 de 1998⁴. Para una mejor comprensión del tema, la Sala resumirá no sólo el recurso, causal por causal, sino que -a continuación- hará lo mismo con la posición de la parte convocada y la del Ministerio Público.

⁴ Esas causales establecen: “Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes: (...)”

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.”

(...)

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

“7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”

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

“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

2.1. Causal No. 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: "*Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*"

2.1.1. Posición de la recurrente

Recordó que el Tribunal de arbitramento, de oficio, exhortó a los Juzgados 35 y 38 Administrativo del Circuito de Bogotá, para que enviaran una certificación sobre el estado de los procesos de las *acciones populares*, adelantadas en esos despachos, y copia de las providencias que expidieron en relación con los contratos de concesión objeto de la acción contractual.

En cumplimiento de la anterior providencia, el 13 de septiembre de 2012, el Juzgado 35 contestó que: " (...) fue remitido en razón de la competencia ante el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá, a fin de que se pronuncie sobre la acumulación de esa acción popular a la 2010-251. Hasta la fecha no se ha recibido notificación, ni comunicación alguna respecto de la acumulación'. " –fl. 209, cdno. ppal.-

En ese sentido, indicó que el 3 de octubre de la misma anualidad, el Juzgado 38 contestó. No obstante lo anterior, no se le corrió traslado a las partes de ninguna de las dos respuestas. Adicionalmente, al revisar el expediente, antes de la audiencia de lectura del Laudo, encontró que el juzgado no atendió completamente lo requerido, porque no remitió *todas* las providencias proferidas durante el trámite de la acción popular; es decir, que aunque se decretó adecuadamente la prueba no se practicó en debida forma.

La recurrente precisó, en virtud de lo anterior, que aportó al proceso arbitral copia de algunas actuaciones adelantadas en la mencionada acción popular; sin embargo, el Tribunal, en la audiencia de lectura de fallo, no incorporó estos documentos aduciendo que de hacerlo violaba el derecho de contradicción que le asiste al IDU; decisión

errada, porque la entidad conocía los documentos, como parte que era en la acción popular.

Ante esta situación, en el escrito de solicitud de aclaración del Laudo Arbitral se opuso a la decisión, pero mediante Auto No. 33, del 12 de diciembre de 2012, el Tribunal la desestimó. Por lo expuesto, considera que se configuraron los hechos constitutivos de la causal, toda vez que la falta de práctica de la prueba de oficio tuvo incidencia en la decisión adoptada, porque en virtud de ella podía declarar la excepción de *pleito pendiente* propuesta por el IDU, de forma tal que resolvería todos los asuntos puestos en conocimiento del Tribunal.

Aseguró que “El deber de pronunciamiento del Tribunal surge una vez apreciada la excepción propuesta por el **IDU**, en la contestación a la demandad inicial, donde se informa que el Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en ejercicio de una acción popular, asumió el conocimiento de la acción promovida por la Contraloría Distrital donde se consideró que con la cláusula 10 de los Contratos de Concesión se configura un detrimento público. Lo mencionado hace inviable, constitucional y legalmente, que el mismo asunto sea conocido a la vez por el Juez Administrativo y por el Tribunal de Arbitramento” –fl. 212, cdno, ppal.-.

Finalmente, también reprochó que el Tribunal no valorara los documentos que aportó la convocante, aun cuando el IDU conocía su existencia y contenido; de haberlo hecho la decisión habría cambiado.

2.1.2. Posición del IDU frente al cargo

Aseguró que las afirmaciones hechas por la recurrente carecen de fundamento “ya que la prueba se decretó y se practicó”, y si el Tribunal no la consideró fue porque se apoyó en “piezas procesales anteriores referentes a la acción popular” –fl. 309, cdno, ppal.-.

2.1.3. Concepto del Ministerio Público

Manifestó que la prueba se practicó como se decretó, es decir, al expediente se aportó: i) la información sobre el estado del proceso de acción popular que adelantaba el Juzgado 38 Administrativo del Circuito y ii) las providencias proferidas. En este sentido, la

notificación que echa de menos la convocante no es una providencia judicial y, por ende, el juez de la acción popular no estaba obligado a allegar actuaciones distintas a las decretadas por los árbitros. Además, si a la convocante no le satisfizo el decreto de la prueba, pudo solicitar la ampliación de la misma para que se aportaran los documentos que extrañó.

Adicionalmente, no se violó el debido proceso porque la convocante conoció íntegramente la respuesta de los juzgados, desde el 10 de octubre de 2012, cuando se le notificó el auto 28 de esa fecha.

2.2. Causal No. 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: "*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*"

2.2.1. Posición de la recurrente

El cargo de anulación se concreta en dos (2) grandes defectos que afectan la decisión:

a). Advirtió que esta causal de anulación se configura cuando no se valoran las pruebas del proceso, y en el caso *sub iudice* el Tribunal sólo se pronunció –además brevemente- sobre algunas pruebas –teniendo en cuenta también que una de las practicadas la desechó- para decidir las objeciones a los dictámenes periciales aportados por las partes y el decretado al interior del proceso. Sin embargo, al resolver la controversia nada expresó sobre el material probatorio, no obstante lo anterior señaló: “ `En el caso que ocupa la atención del Tribunal, es claro con apoyo en los experticios incorporados al expediente y en los resultados contables de las compañías demandantes, que sus beneficios contractuales han superado en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos. Por este caminos, la prolongación del pago del IMG a cargo del IDU acrecentaría, al menos en las condiciones actuales, el desequilibrio en las respectivas relaciones jurídicas, debiendo el fallador corregir esta situación’.” -fl. 237, cdno. ppal.-.

Agregó que ninguna experticia –incluida la descartada- advierte lo aducido por el Tribunal, es decir que no se estableció que los “beneficios contractuales han superado en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos”, y menos que la

ecuación económica del contrato se quebrantó. Además, fue el único “análisis probatorio” que hizo el Tribunal para decidir respecto a las pretensiones relacionadas con el *Ingreso Mínimo Garantizado* -IMG-. Por tanto, al omitir la valoración de las pruebas negó a las partes la posibilidad de demostrar la veracidad de sus afirmaciones y, por ende, no sólo se configura la causal de anulación, sino una flagrante violación al debido proceso.

Por otra parte, el Tribunal desconoció el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, porque no valoró detalladamente las pruebas, ni explicó el grado de convicción que cada una le ofreció. En este orden, todas las pruebas demostraban el incumplimiento del IDU en el pago del IMG y, en consecuencia, el perjuicio sufrido por las convocantes. Advirtió que si se hubieran valorado las pruebas, en su integridad, las pretensiones habrían prosperado.

De esta manera, se desconoce cómo se declaró probada la *excepción segunda* propuesta por el IDU, que se refería a la “improcedencia del pago del IMG del año 2010”, por la existencia de rentabilidades y utilidades excesivas de los concesionarios. De haberse tenido en cuenta las pruebas que obran en el proceso la decisión sería diferente, porque ninguna de ellas –excepto del experticio aportado por el IDU, que desestimó el Tribunal– acredita la “rentabilidad en las utilidades de las sociedades concesionarias.” –fl. 253, cdno. ppal.- En forma especial, señaló:

“En conclusión, en el presente proceso arbitral se aportaron un total de cinco (5) pericias respecto de las cuales se garantizó el debido proceso y las partes ejercieron su derecho de contradicción.” –fl. 234, cdno. ppal.-
“...”

“De lo anterior se deriva que hubo unos dictámenes y testigos especializados que fueron desechados por el Tribunal y otros que acogió, como puede resumirse en el siguiente cuadro:...” –fl. 236, cdno. ppal.-
“...”

“No obstante lo anterior, si bien mencionaron esas pruebas al resolver las objeciones planteadas por las partes contra los dictámenes periciales, lo cierto es que no las analizó ni valoró al momento de decidir de fondo la controversia. De hecho lo único que señaló la parte en la parte motiva del laudo fue lo siguiente:...
“...”

“Sin embargo, al revisar el acervo probatorio se encuentra que ninguna experticia (incluyendo la desechada por el Tribunal) acredita que los ‘beneficios contractuales han superado en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos’ ni que se ha generado un desequilibrio económico en contra del **IDU**.

“...”

“Lo anterior significa que el Tribunal no valoró adecuadamente las pruebas obrantes en el expediente, pues, si bien en un primer momento (al resolver las objeciones contra la prueba pericial)...” –fl. 237, cdno. ppal.-.

“...”

“Ese fue el único ‘análisis probatorio’ que hizo el Tribunal para tomar su decisión respecto de las pretensiones relacionadas con el Ingreso Mínimo Garantizado –IMG. Por eso, es manifiesta la insuficiente valoración de las pruebas que hizo el Tribunal.”

“...”

“En consecuencia, resulta claro que no existe por parte del Tribunal un verdadero análisis probatorio ni tiene sustento material la decisión adoptada. De hecho, del examen del Laudo y su comparación con el acervo probatorio recaudado a lo largo del proceso se tiene que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente para resolver la controversia puesta en su conocimiento, pues todas ellas conducen de manera lógica a una conclusión distinta a la adoptada por el juzgador.

“En verdad no existe prueba en el proceso que acredite el desequilibrio económico señalado por el Tribunal, entre otras cosas porque ese aspecto no fue invocado por el **IDU** en la contestación de la demanda reformada ni debatido dentro del proceso en las pruebas aceptadas por el tribunal e incluso en aquellas que fueron desechadas.” –fls. 238 y 239, cdno. ppal.-.

“...”

“En conclusión, se configuró la causal de anulación denominada ‘fallo en conciencia’ puesto que el Tribunal no valoró ninguna de las pruebas obrantes en el proceso. No hizo el análisis detallado de cada medio probatorio que exige la norma procesal. Tampoco estableció el grado de convicción de las pruebas que le sirvieron de base para adoptar la decisión. De hecho, si el tribunal hubiera realizado un análisis juicioso, detallado y consiente del acervo probatorio hubiese llegado a una decisión distinta a la adoptada, puesto que las piezas procesales evidencian la prosperidad de las pretensiones de la demanda arbitral.” –fl. 252, cdno. ppal.-.

“...”

“Sin embargo, lo extraño es que si se hubiese tomado en cuenta esas pruebas, como dice haberlo hecho el Tribunal, habría llegado a una decisión totalmente distinta a la adoptada, puesto que ninguna prueba (excepto el experticio aportado por el **IDU** pero desechado por el Tribunal) establece que haya rentabilidad en las utilidades de las sociedades concesionarias.

“...”

“Es evidente entonces que estamos en presencia de un fallo en conciencia como quiera que la decisión es alejada en todo de la realidad probatoria. El Tribunal no señaló cuáles fueron las pruebas que le sirvieron para

declarar probada dicha excepción. Tampoco aparecen relacionadas ni analizadas en la parte motiva del laudo y no se encuentran, como se expresó anteriormente, en el acervo probatorio del proceso arbitral. De hecho, la única prueba –que no sería válida- sería la del propio juicio de los árbitros que respaldó la excepción segunda del **IDU.**” -fl. 253, cdno. ppal.-.

b). La causal de anulación también se configura cuando se decide con base en normas que no son aplicables; lo que sucedió en su caso, porque el Tribunal erró al condenar a las convocantes a pagar \$305'606.521 por concepto de costas, con un fundamento desatinado: que en la Ley 80 de 1993 no hay norma que regule este aspecto, por ende aplicó mal el código de procedimiento civil, en lugar del art. 75 de aquella ley.

2.2.2. Posición del IDU frente al cargo

a). Para el IDU, el laudo no se dictó en conciencia, porque se soportó en las consideraciones de los expertos, incorporadas al expediente, en el pliego de condiciones, en la normatividad que se encuentra vigente a la fecha de suscripción de los contratos, entre otras pruebas.

b). Respecto al fallo en conciencia por la condena en costas y agencias en derecho, afirma que no se configura la causal de anulación, y que si en gracia de discusión tiene asidero en todo caso es improcedente, porque el Tribunal aplicó adecuadamente el ordenamiento jurídico.

2.2.3. Concepto del Ministerio Público

La causal no debe prosperar, porque “no es válido afirmar que el Tribunal no realizó una valoración jurídica y probatoria...”, ya que aludió a las fuentes de derecho aplicables al desequilibrio contractual, e “indicó los medios de prueba en que sustentó la consideración de la existencia de esa situación en este caso y explicó las razones de su decisión” –fl. 361, cdno. ppal.-. De esta manera, el Tribunal no emitió un fallo en conciencia, porque valoró en su integridad las pruebas y no se apoyó en la libre apreciación de los hechos. De otro lado, el hecho de no enumerar o relacionar en la providencia todos los medios probatorios que obran en el proceso, no significa que la decisión carezca de análisis y apreciación probatoria.

a). En el mismo sentido, manifestó que el *literal a* de la acusación, que se refiere a la omisión del Tribunal en explicar en qué prueba se basó la decisión de declarar probada la *excepción segunda* formulada por el IDU, tampoco está llamado a prosperar, porque el “tema del IMG no se desarrolló únicamente en el aparte que transcribe la demanda sino que fue objeto de todo el punto V”, es decir que el Tribunal sí indicó en qué elementos de juicio basó su conclusión.

b). Finalmente, sobre el *literal b* de la acusación, que se refiere a la errada aplicación de normas del procedimiento civil y comercial para condenar en costas a las convocantes, considera que no se trató de un fallo en conciencia, y que la intención del recurrente es modificar la argumentación jurídica expuesta en el laudo, porque es claro que los árbitros acudieron a tales ordenamientos en razón a la naturaleza del contrato y a la calidad de las partes.

En este orden, aunque el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se refiere, expresamente, al juez contencioso administrativo, nada dispone respecto a la justicia arbitral, y como el proceso se rige por el Decreto 1818 de 1998, entonces aplica el Código de Procedimiento Civil. En mérito de lo señalado, adujo que, correcto o no, el análisis no puede ser objeto de un nuevo estudio, porque se decidió en derecho.

2.3. Causal No. 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: *"Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento."*

2.3.1. Posición de la recurrente

El cargo de anulación se materializa en tres (3) defectos:

a). Existe **disparidad entre los numerales 3 y 6 de la parte resolutive**, porque aun cuando en la parte motiva y en la resolutive se desestimó el informe técnico elaborado por la firma Valor Corporativo Banqueros de Inversión Ltda., en la parte resolutive se declaró probada la *excepción segunda* propuesta por el IDU -

improcedencia del pago del IMG del año 2010, por rentabilidad y utilidad excesiva de los concesionarios-, con fundamento en la prueba desestimada, en los siguientes términos:

“Sexto:

“Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada. **Consiguientemente, declarar debidamente probadas, al menos en su efecto dilatorio, las excepciones primera y segunda propuesta (sic) por la demandada en sus (sic) escrito de contestación a la demanda”**

La contradicción consiste en que el informe que desestimó el Tribunal fue el mismo del que se valió para aceptar la excepción segunda. En estos términos, es evidente la disparidad entre el numeral 3 de la parte motiva reflejado en el numeral 3 de la resolutive, mediante el cual se desechó la prueba; y el numeral 6 de la parte resolutive, que declaró probada la excepción con fundamento en la misma prueba.

b. También se configuró la causal por contradicción entre los numerales 4 y 6 de la parte resolutive, porque aquél rechazó la *excepción primera* propuesta por el IDU –“obligación de los concesionarios de aportar estados financieros a la entidad contratante”-, en atención a que el Tribunal accedió a las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, relacionadas con los estados financieros; no obstante, el numeral 6 declaró probada la misma *excepción primera* que se había desestimado, circunstancia que hace incurrir el laudo en la causal de anulación.

c. Advirtió otra contradicción entre la parte motiva y la resolutive, porque en la parte motiva del laudo el tribunal señaló que se inhibiría para pronunciarse sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada; sin embargo, en la parte resolutive declaró probadas las excepciones primera y segunda de la demandada, así:

“Sexto:

“Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada. **Consiguientemente, declarar debidamente probadas, al menos en su efecto dilatorio, las excepciones primera y segunda propuesta**

(sic) por la demandada en sus (sic) escrito de contestación a la demanda”

En consecuencia, si se inhibió para declarar la prosperidad de las pretensiones, debió hacerlo también frente a las excepciones. Además, la excepción primera no guarda relación con las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada, así que no es lógica la decisión que contiene el numeral 6.

2.3.2. Posición del IDU frente al cargo

El Tribunal no decidió en sentido contrario a las pruebas técnicas del proceso, porque las tuvo en cuenta para resolver “de acuerdo con el examen y la confrontación de ellas, que la ejecución contractual, hasta el momento de las pruebas examinadas muestra una excesiva onerosidad sobreviniente para el IDU y que esta circunstancia rompe el equilibrio contractual exigido por la ley administrativa.” Por lo expuesto, solicitó que se desestime la causal invocada y el cargo formulado.

2.3.3. Concepto del Ministerio Público

La recurrente cumplió el requisito de procedibilidad de la causal, es decir, reclamó oportunamente ante el Tribunal las aparentes contradicciones en que incurrió. No obstante, la causal no debe prosperar, por las siguientes razones:

a. Frente a la contradicción entre los numerales 3 y 6 del laudo, estimó que no existe, porque el Tribunal tuvo en cuenta varios elementos de juicio para declarar la improcedencia del pago del IMG.

b. Tampoco advierte contradicción entre los numerales 4 y 6, porque no se declaró de manera absoluta una u otra excepción –es decir, que no se desestimó ni se declaró probada, en su integridad, la excepción primera propuesta por el IDU-; en otros términos, la decisión de los árbitros se moduló, como se dispone en las páginas 43 y 44 del laudo.

c. Respecto a la contradicción dentro del numeral 6 de la decisión, también la desestimó porque las razones para declararse inhibido frente a unas pretensiones no conducían a que el Tribunal hiciera lo mismo respecto de dos excepciones, ya que el

fundamento jurídico para decidir las de fondo fue distinto. En este sentido, si el Tribunal se inhibió para pronunciarse en lo que concierne a algunas pretensiones, fue precisamente porque otra decisión judicial suspendió los efectos del literal b de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión, por ende no podía pronunciarse en relación a las obligaciones que de ellas derivaron.

2.4. Causal No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: "*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*"

2.4.1. Posición del recurrente

Según el Tribunal, se produjo un desequilibrio económico en contra del IDU, lo que condujo a negar las pretensiones de la demanda; sin embargo, la entidad no propuso esta excepción, ni presentó demanda de reconvención pidiendo que se declarara. Sumado a esto, si en gracia de discusión existiera competencia para decidir sobre la ruptura de la ecuación financiera de los contratos, no hay prueba que demuestre tal circunstancia. Además, esta situación vulnera el derecho al debido proceso de los concesionarios, porque: i) el desequilibrio económico en contra del demandado no fue planteado por las partes, y ii) la parte convocante no pudo defenderse de tal acusación.

2.4.2. Posición del IDU frente al cargo

La entidad sí planteó el problema de desequilibrio económico de los contratos a través de la excepción de "improcedencia de la obligación por parte del IDU de pagar el ingreso mínimo (sic) garantizado del año 2010 por rentabilidad en la (sic) utilidades tratándose (sic) de dineros públicos (sic)" y que, si en gracia de discusión este planteamiento no fuera suficiente, "en claro que a la luz de la ley el Tribunal de Arbitramento no solo está facultado sino que se le ordena" –fl. 324, cdno. ppal.- declarar las excepciones que encuentre probadas.

2.4.3. Concepto del Ministerio Público

Fue en las pretensiones de la demanda donde se puso en conocimiento del Tribunal de arbitramento el presunto desequilibrio económico de los contratos de concesión, porque

se requirió el pago de IMG del año 2010; en este orden, la decisión del numeral quinto de la parte resolutive no es ajena a la controversia procesal, por el contrario, proviene de las pretensiones de la demanda y de las pruebas del proceso.

2.5. Causal No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento."

2.5.1. Posición del recurrente

A pesar de que el Tribunal de Arbitramento gozaba de competencia para decidir la controversia, en la parte resolutive se abstuvo de pronunciarse sobre las siguientes pretensiones de la demanda.

a). No decidió las *pretensiones quinta declarativa, y la primera, segunda y tercera de condena*, aun cuando estaba obligado a hacerlo, por mandato del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil. Además, a pesar de que alegó esta situación -en el escrito de aclaraciones y complementaciones a la decisión-, la sugerencia no fue acogida.

b). "Omitió analizar y resolver la excepción de pleito pendiente propuesta por el IDU" –fl. 276, cdno. ppal.-, pues en ejercicio del derecho de defensa que le asistía al IDU propuso la excepción de "pleito pendiente", a la que se opuso la parte convocante. No obstante, el Tribunal no decidió, por el contrario, se limitó a cambiar la excepción por una "argumentación que nunca presentó el IDU, relacionada con la existencia de las acciones populares y de la medida cautelar de suspensión." –fl. 279, cdno. ppal.-.

2.5.2. Posición del IDU frente al cargo

La causal es infundada, porque el Tribunal se pronunció sobre las pretensiones quinta declarativa y primera, segunda y tercera de condena, pero las rechazó, lo que simplemente evidencia la intención del recurrente de reanudar la controversia.

2.5.3. Concepto del Ministerio Público

El Tribunal se pronunció sobre todas las pretensiones. Particularmente señaló que el numeral quinto de la parte resolutive rechazó las peticiones cuyo pronunciamiento echa de menos la recurrente. Y respecto al cargo por la omisión en que incurrió el tribunal al no pronunciarse sobre la excepción denominada "pleito pendiente", señaló que en el numeral 6 de la parte resolutive, cuando los árbitros declaran que por las razones expuestas no hay lugar a pronunciarse sobre las peticiones sexta, séptima, novena y décima, en forma tácita (fl. 386, cdno. ppal.) resolvió la excepción, porque las pretensiones fueron el fundamento del medio exceptivo.

CONSIDERACIONES

Advierte la Sala, antes de realizar el estudio que corresponde al caso concreto, que el laudo no se anulará. Para fundamentar esta conclusión se analizarán los siguientes temas: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, *ii)* las causales de anulación invocadas: 4, 6, 7 y 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998, y su aplicación al caso concreto, y *iii)* la condena en costas.

1. La competencia

El laudo recurrido decidió la controversia surgida entre las sociedades Concesión Parquadero Calle 77 S.A., Concesión Parquadero Calle 85 S.A., Concesión Parquadero Calle 90 S.A. y Concesión Parquadero Calle 97 S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano, y concedió parcialmente las pretensiones.

Bajo esta perspectiva, y de conformidad con el artículo 128.5 del CCA.⁵, el Consejo de Estado conoce, privativamente y en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones. De igual forma, según lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁶, la jurisdicción de lo

⁵ Art. 128.5, CCA.: "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

"5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión."

⁶ Art. 75, Ley 80 de 1993: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

contencioso administrativo es la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales.

Ahora bien, los contratos que originaron las controversias son estatales -según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷-, porque los celebró una entidad sometida a dicho estatuto: el IDU. Bajo este entendimiento, considerando que los contratos de concesión celebrados son de naturaleza estatal, la competencia para conocer del presente recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸.

Además de estas razones, en relación con el criterio orgánico, la Ley 1107 de 2006 también prescribe que las controversias relacionadas con la actividad de las entidades públicas son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, como el IDU es una entidad estatal, esta jurisdicción es competente para conocer los litigios generados con sus actuaciones. Es así como el artículo 1 de la Ley 1107 de 2.006 –que modificó el artículo 82 del CCA.- dispone:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales

⁷ Según dicha norma: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

⁸ Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007-, que establece: “Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa.

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

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.” (Negrilla fuera del texto)

Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

Por lo anterior, esta Sección es competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido el 20 de noviembre de 2012, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad pública y los concesionarios de los parqueaderos públicos.

2. Análisis de las causales de anulación invocadas por el recurrente y su aplicación al caso concreto.

2.1. Primer Cargo: Causal No. 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: *“Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.”*

2.1.1. Generalidades sobre la causal

Para que prospere la causal que contempla el numeral 4 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998 es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: i) que no se hayan decretado las pruebas oportunamente solicitadas o que se hubieren dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, lo anterior ii) siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

Sobre su alcance y estructura la Sala sostiene -advirtiendo que la explicación ofrecida se ha dado a propósito de la misma causal, pero contemplada en su momento en el art. 72 de la Ley 80 de 1993- que:

“Ahora es necesario recordar el texto de la norma que contiene la causal invocada, numeral 1º, artículo 72 de la ley 80 de 1993: “Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar las pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y el tiempo debidos”. Del análisis de la norma en cita, la Sala ha reiterado que la causal está dada para

dos eventos: por la omisión en el decreto de la prueba, o por la omisión en la práctica de la prueba; y cualquiera de esos dos eventos requiere del cumplimiento de los siguientes supuestos: - la prueba debió ser oportunamente solicitada; -la omisión en el decreto o práctica de la misma debe incidir en la decisión; y -el interesado debió reclamar esas omisiones, en la forma y tiempo debidos. Y no debe perderse de vista que la norma exige que lo omitido debió ser producto de una decisión 'sin fundamento legal', elemento modal que afecta la procedencia de la causal. La Sala ve que el Tribunal tomó esa decisión con fundamento legal y no sin fundamento legal, porque el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil facultaba a los árbitros para actuar de ese modo. Aparece entonces, desde otro punto de vista, que no se da ninguno de los supuestos de hecho de la causal 1º del artículo 72 de la ley 80 de 1993, para anular el laudo impugnado; se reitera que esta causal señala: 'Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar las pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y el tiempo debidos 'frente a la realidad probatoria, la práctica de la inspección judicial, no habría cambiado la decisión de los árbitros, quienes se apoyaron en el dictamen, el cual consideraron suficiente. Por ello, se reitera, que el legislador facultó al juez para aplazar y negar el decreto de la inspección judicial, respectivamente, hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y cuando considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existan en el proceso.'"⁹

Dado el carácter marcadamente procedimental que tiene el recurso de anulación, esta causal reivindica el derecho de defensa que tienen las partes en conflicto, ya que de esta manera se les garantiza la oportunidad de solicitar pruebas: para el convocante en la demanda y su corrección y para el demandado en el término concedido para contestar la misma.

Cabe destacar, no obstante, que al tribunal no le basta decretar las pruebas; también debe agotar las diligencias necesarias para evacuarlas, sin olvidar, en todo caso, que la solicitud tiene que satisfacer los requisitos legales para su procedencia, es decir, que debe tratarse de medios probatorios conducentes, pertinentes y relevantes, y además que no sólo estén permitidos por la ley, sino que tengan relación directa o indirecta con la controversia planteada¹⁰.

No obstante, esta causal tiene alcance limitado, porque sólo se configura cuando la omisión del juzgador incide en lo decidido. En este sentido, sucede en ocasiones que un

⁹ Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Exp 28.308.

¹⁰ En este sentido puede verse la sentencia de la Sección Tercera de mayo 2 de 2002 -Exp. 20.472-.

medio probatorio que no se decretó no conduzca, inexorablemente, a la declaración de nulidad del laudo, como cuando simplemente redundan en razones que coinciden con el sentido de la decisión -un testimonio por ejemplo-. Igual acontece con una prueba decretada, pero que no se practicó, tal es el caso del peritazgo no rendido, sin embargo el proceso se decide por caducidad de la acción.

Estos y otros ejemplos muestran que la exigencia cualificante de la norma es razonable; de no ser así se anularían laudos arbitrales sin razón material que lo justifique, pues bastaría acreditar un error en materia probatoria para que se adopte una decisión como éstas.

2.1.2. El caso concreto

El recurrente impugnó el laudo, con fundamento en la causal 4, por tres razones: *i)* echó de menos que se le diera traslado de los documentos que remitieron los juzgados administrativos respecto a la prueba decretada oficiosamente por el Tribunal, mediante auto No. 27 del 30 de agosto de 2012 –fls. 524 a 526, cdno. Ppal. 2-, que consistía en que se allegara al proceso: a) una certificación sobre el estado de los procesos de acción popular y b) copia de las providencias dictadas en relación con los contratos de concesión; *ii)* la prueba no se practicó debidamente, porque los juzgados no remitieron todas las providencias que se expidieron en relación a los contratos objeto de la controversia arbitral, en el trámite de las acciones populares que allí cursaban; y *iii)* el tribunal no permitió que la convocante aportara los documentos que los juzgados administrativos no suministraron.

En primer lugar, la Sala analizará si el supuesto de hecho invocado como vicio de nulidad se ajusta a la causal señalada, que dispone que la anulación procede: “4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.”

De conformidad con esta norma, el recurso procede cuando el Tribunal de Arbitramento deja, sin justificación, de decretar las pruebas que la convocante o la convocada *solicitan* oportunamente –con la demanda o su contestación-; aunque

también procede cuando las pruebas decretadas no se practican o no se evacúan las diligencias necesarias para ese fin. No obstante, también se exige que las omisiones tengan incidencia en la decisión definitiva y que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

En el caso concreto, se tiene que la prueba que se echa de menos no se solicitó en la demanda, ni en la contestación, sino que el tribunal la decretó de oficio, mediante el Auto No. 27, del 30 de agosto de 2012, en la audiencia donde alegaron de conclusión las partes y el Ministerio Público. En efecto, la providencia establece:

"PRIMERO: Se ordena la devolución, a la apoderada de la parte convocante, de los documentos aportados como anexos de los alegatos de conclusión.

"SEGUNDO: De conformidad con el artículo 180 del C.P.C., se ordena oficiar al **Juzgado 38 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** y al **JUZGADO 35 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, con que (sic) fin de que, en el término de cinco (5) días hábiles, envíen al Tribunal una certificación sobre el estado de los procesos de las acciones populares adelantadas en su despacho y copia de las providencias que se han adoptado en relación con los contratos materia de controversia sometida a decisión del Tribunal." –fl. 525, cdno. ppal. 2-

En este horizonte, hay que definir si es posible alegar esta causal de anulación cuando la prueba no fue *pedida* sino decretada de *oficio*, atendiendo a la literalidad de la disposición.

La Sala se pronunció recientemente en un caso similar -con ponencia de quien frente a esta providencia cumple la misma actuación-, en cuyo evento concluyó que si surgen problemas por el *decreto* de una prueba, la anulación sólo procede cuando fue pedida, no si fue oficiosa; pero tratándose de problemas de su *práctica* no importa si fue pedida u oficiosa. En este sentido, se expresó en la sentencia del 31 de enero de 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 37.788- cita que se hace *in extenso* por su utilidad y pertinencia para el caso concreto, que:

"Resulta que la prueba que se echa de menos no fue solicitada por la parte convocante, sino decretada de oficio -como expresamente lo declaró el tribunal-. Por esta circunstancia los convocados consideran que no se configura la causal alegada, porque el medio probatorio no fue pedido en la demanda sino decretado de oficio.

“La Sala entiende que la causal transcrita contiene dos supuestos, perfectamente diferenciables, aunque ambos producen la nulidad del laudo: i) la falta de decreto de las pruebas pedidas –con las condiciones que más adelante se indican-, y ii) la falta de práctica de las pruebas decretadas –con las mismas condiciones que indica la norma adelante-.

“En estos términos, el primer supuesto exige que la parte solicite el decreto de algunas pruebas, cuya negación podría conducir a la anulación del laudo; pero no basta eso, es necesario que por negarla la decisión arbitral se afecte –por tener incidencia en ella-, y también se necesita que el interesado reclame por esa circunstancia. En este orden de ideas, esta situación nunca se presenta con las pruebas de oficio, pues no habiéndolas sugerido la parte, mal puede alegar la anulación del laudo por la desatención a lo que no solicitó.

“Además, está claro que esta causal hace abstracción del tipo de prueba que se deja de decretar, es decir, que en principio cualquiera puede dar al traste con el laudo –testimonios, peritazgo, inspección judicial, documentos, etc.-, porque la ley no cualificó este aspecto. Por tanto, ninguna distinción cabe al respecto, y sólo quedará en manos del juez de la anulación determinar si la prueba pedida y no decretada incide en la decisión, y siempre que se haya discutido el asunto ante el tribunal.

“Se trata de una libertad o margen de apreciación bastante amplia, que la Sección Tercera debe ejercer con rigor, para determinar si la ausencia de la prueba incidió o no en la decisión, arbitrio judicial que debe razonarse en la sentencia.

“Además urge otra precisión. Las etapas previstas por la ley procesal para pedir y/o aportar las pruebas suele ser, por regla general, la presentación de la demanda -para los convocantes-, y la contestación a la misma -para los convocados-. Sin embargo, esto no es absoluto, toda vez que extraordinariamente las partes pueden pedir pruebas en etapas distintas, pero autorizadas por la ley -como aconteció en este proceso-. De allí deviene la oportunidad para solicitar que se aclare o complemente un peritazgo, y con mayor razón cuando se objeta por error grave, en cuyo caso así lo establece el artículo 238 CPC¹¹, momento en el que el tribunal

¹¹ “Art. 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

“1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

“2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

“3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.

“4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

“5. En el escrito de objeción se precisará el error **y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas.** El dictamen rendido como

de arbitramento tiene el deber de apreciar, una vez más, la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba, y cuya decisión reactiva la posibilidad de que se configure la causal de anulación del laudo.

“En efecto, no existe ningún reparo para que la falta de decreto o de práctica de una prueba ordenada en esta ocasión también produzca la nulidad del laudo, siempre y cuando se cumplan las dos condiciones que contempla la causal cuarta que se analiza.

“El segundo supuesto, en cambio, hace abstracción acerca de si la prueba decretada fue pedida por alguna de las partes u ordenada de oficio, como quiera que en este caso lo determinante es que ‘se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas’, es decir, que las decretadas no se practicaron.

“En este orden, no tienen razón los convocados, al sugerir que se desestime esta causal, porque la información pedida al BBVA no la solicitaron los convocantes. La *ratio*, además de lo analizado, también consiste en que la prueba decretada pertenece al proceso, lo que se conoce en el derecho probatorio como el principio de la ‘comunidad de la prueba’, en virtud de la cual pedida u oficiosa, una vez decretada y practicada pertenece al proceso y no a quien la insinuó, y es por eso que cualquiera de las partes puede reclamar que se cumpla su práctica, ya que si el juez la ordenó es válido exigir que se aporte.

“Desde luego, y una vez más se indica y enfatiza, para que proceda la anulación por esta circunstancia se necesita que la falta de práctica incida en la decisión, y que se hubiere reclamado oportunamente por la omisión.” (Negrillas fuera de texto)

En los términos indicados, la Sala analizará la causal de fondo y los vicios que se imputan al laudo, aunque se advierte que no se accederá a la pretensión, porque la recurrente discute que se configuró porque *no se le dio traslado de los documentos remitidos por el Juzgado No. 38 Administrativo*, criterio frente al cual cabe precisar que el traslado a que se refiere el recurrente procede del artículo 289 del CPC, que exige al juez adelantar este trámite para permitir la controversia de la prueba, claro está, bajo el supuesto de que la misma se aporta después de vencido el período para alegar de conclusión, pues allí se tiene la oportunidad general o común para pronunciarse sobre todas las practicadas en el momento previsto para esto.

prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

“6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

“7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.” (Resaltos fuera de texto)

En cambio, cuando la prueba se incorpora al proceso con posterioridad a esta etapa, aplica el art. 289, porque de esta manera: "La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso... dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia."

De allí, que si se analiza con detenimiento la defensa de la recurrente, es evidente que procura garantizar su derecho a la contradicción probatoria –que desde luego le asiste-, porque se sabe que todos los sujetos procesales tienen la posibilidad de conocer los elementos de discernimiento; aunque para efectos del recurso de anulación lo cierto es que este aspecto no hace parte de la *práctica de la prueba*, que se refiere estrictamente a la aportación oportuna y en debida forma al proceso –con sujeción a la legalidad- de los medios de convicción.

En otros términos, el argumento de la recurrente hace impróspero el cargo, porque no ataca un problema de *práctica de la prueba* –aspecto en el que consiste la causal de anulación- si no que controvierte vicios en la *contradicción de ella*. Entre otras cosas, es claro en el proceso que la práctica de la prueba sí se satisfizo, porque los documentos pedidos al juzgado se aportaron, pero su valoración, incluido el trámite para hacerlo, no es asunto que se controle a través de este medio de impugnación. Para eso se pudo y se debió poner en conocimiento del tribunal este defecto, quien al resolver habrá definido la cuestión en única instancia.

ii) De otro lado, la recurrente también se mostró inconformidad porque los juzgados administrativos aportaron la documentación incompleta de los procesos de acción popular que tramitaban, aspecto que –a diferencia del anterior- sí encaja en la problemática propia de la *práctica* de una prueba, así que exige de la Sala un estudio de fondo.

No obstante, el argumento también carece de fundamento, porque la inconformidad o reclamación debe presentarse en la forma y tiempo debidos, y la Sala encuentra que la oposición a la prueba fue posterior a la expedición del laudo, porque se presentó como una *solicitud de complementación* de la decisión, momento inadecuado, teniendo en cuenta las siguientes razones: i) el auto No. 27, a través del cual se decretó la prueba de oficio, se expidió el 30 de agosto de 2012, ii) el 3 de octubre siguiente el tribunal

recibió un certificado expedido por el Secretario del Juzgado 38 Administrativo del Circuito de esta ciudad, con copias de las actuaciones de la acción popular, y iii) el 20 de noviembre de 2012, es decir un mes y 16 días contados desde la fecha señalada en el literal b, se profirió el Laudo Arbitral, que ahora se recurre.

De lo expresado se concluye que el recurrente tuvo más de un mes para cuestionar la práctica de esa prueba –contado desde que se aportó la documentación-; no obstante sólo lo hizo cuando se expidió el laudo, y supo que perdió parte importante de sus pretensiones, pero es evidente que este momento es inadecuado para ese propósito. Incluso, de este criterio es el Ministerio Público, quien solicita que se desestimen las pretensiones porque la convocante conoció la respuesta de los juzgados desde el 10 de octubre de 2012, cuando se le notificó el Auto No. 28 de esa fecha.

En estos términos, la inconformidad resulta extemporánea, porque si la prueba tenía incidencia en la decisión –como lo cree el recurrente-, debió exigirse la práctica adecuada del medio de convicción decretado de oficio, tan pronto llegaron las copias remitidas por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito, aun cuando, precisamente, alegue la falta de traslado, porque lógicamente el expediente estuvo a su disposición, motivo por el que esta inconformidad carece de sustento jurídico, por lo menos para soportar la declaración de nulidad el laudo, por no haberse practicado en debida forma la prueba decretada.

iii) Finalmente, respecto al reproche al tribunal porque no permitió que la convocante aportara los documentos que –afirma- no envió el Juzgado 38 Administrativo, se hace la siguiente precisión: a) esa actuación ya no hace parte de la práctica de la prueba, de ahí que tampoco encaja en la causal invocada; y b) la Sala avala la decisión del tribunal, contenida en el auto No. 27 del 30 de agosto de 2012, por medio del cual se devolvió a la recurrente los documentos suministrados con el escrito de alegatos de conclusión, toda vez que de haberse admitido se violaba el debido proceso de la contraparte, porque es inaceptable suponer –como ella lo sugiere- que ésta conocía los documentos que pretendía incorporar, y que por eso podía presentarlos en cualquier tiempo.

Esto significa que el respeto a la garantía de la contradicción no se subordina a esa inferencia de la parte ni a la presunción de conocimiento de la información que trata de

establecer, aun cuando sea cierto que los mismos sujetos procesales son parte en otro proceso, y que por eso tuvieron acceso a esos documentos. De hecho, los elementos de convicción, en cada proceso, tienen diferente valor y pueden apreciarlos uno u otro juez de manera diferente, conforme a los principios de la sana crítica; así como en una u otra actuación judicial pueden ser o no pertinentes, útiles o inútiles, y/o congruentes o incongruentes; además de que ni siquiera se tiene certeza que el IDU conocía la totalidad de las actuaciones surtidas en los procesos de acciones populares.

En estos términos, se desestima esta causal de anulación.

**2.2. Segundo Cargo -causal No. 6 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998-:
*"Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."***

2.2.1. Generalidades sobre la causal

La Sala se apoyará en el análisis teórico expresado en la sentencia del 8 de agosto de 2012 –exp. 43.089, Sección Tercera, Subsección C, con ponencia de quien cumple la misma función en el caso concreto- que precisó el alcance de la causal sexta de anulación –art. 163.6-, con fundamento en lo cual examinará los argumentos propuestos por el recurrente para que se anule el laudo. Este análisis involucra el estudio de: i) la noción de fallo en conciencia; ii) requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo, y iii) los siete criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.

i) Noción de fallo en conciencia

El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley¹². En cambio, cuando el

¹² Sentencia de 6 de julio de 2005 -Exp. 28.990-. Tesis reiterada por la Sección en la sentencia proferida el 31 de enero de 2011 –exp. 37.788-: “Respeto de esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las

juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender¹³, o verdad sabida y buena fe guardada -*ex aequo et bono*-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. En tal sentido, el Consejo de Estado indicó en el año 2000:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure -deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho -art. 70, inciso 2¹⁴, ley 80-, o técnicos -art. 74, ley 80¹⁵-. ”

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los Tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la

reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.” Tesis reiterada, a su vez, por la tesis sentencia del 18 de enero de 2012 -exp. 40.082-.

¹³ En el mismo sentido, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354.

¹⁴ Dice esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

¹⁵ Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in judicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.”¹⁶

Sin embargo, conviene hacer algunas anotaciones explicativas, y adicionales, a la tesis general que se ha sostenido. En efecto, si se atiende a la normativa que rige el tema, el fallo se dicta en conciencia cuando “... los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”, y se profiere en derecho cuando “... los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente” –art. 115 del Decreto 1818 de 1998-.

Una aproximación somera a estos dos conceptos conduce a pensar que el fallo que no se dicta en derecho se profiere en equidad, cuando no necesariamente es así, porque no se trata de conceptos que se oponen de manera exclusiva y definitiva, toda vez que esa relación es más aparente que real. Es decir, que si bien el fallo en conciencia no puede serlo en derecho, ni el que es en derecho podrá serlo en conciencia, existen otras relaciones que demuestran que estas dos clases de arbitramento no son únicos: hay que considerar el arbitraje técnico, que se constituye “Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio” –art. 115-, forma de arbitraje autorizada a las entidades estatales por la ley 80 de 1993.

De esta manera, puede suceder que el fallo sea *técnico*, y no en *derecho* ni en *equidad*, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas¹⁷. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad

¹⁶ Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

¹⁷ Esta idea se trasluce en la sentencia de esta Sección del 22 de julio de 2009 -exp. 35.564-: “Según lo expuesto, cuando la controversia arbitral sea de orden jurídico o técnico, la decisión debe fundarse en un consciente y riguroso estudio jurídico-normativo o en una rigurosa valoración técnica, según el caso, para que el laudo se reputa válido, como quiera que, si dicha decisión se adopta con fundamento en criterios distintos, las partes podrán recurrirla y, eventualmente, el juez de la anulación, al constatar que se dictó en conciencia y no en derecho o en materia técnica, declarará su nulidad.”

de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta.

No sobra recordar, para comprender mejor el tema, que la forma de los tribunales de arbitramento que puede pactar el Estado -si se rigen por la ley 80 de 1993- son: en derecho, porque el inciso segundo del art. 70 de la ley 80 de 1993 lo autoriza¹⁸; y técnico, porque el art. 74 de la misma ley lo permite¹⁹. De manera que en este ámbito no se puede pactar el arbitraje en conciencia, porque no lo autoriza la ley, y se sabe que los mecanismos de solución de conflictos que puede usar una entidad estatal son los que autoriza el legislador, comoquiera que el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 80 dispone: "... al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción."

En este sentido, agregó esta Sección –sentencia del 7 de febrero de 2008. Exp. 33.811-: "Según estas normas, resulta obvio que si el arbitramento donde es parte el Estado es en derecho la decisión debe sujetarse a lo que dispone el ordenamiento jurídico, con todas las fuentes del derecho que él incorpora; pero si es técnico no debe hacerlo, precisamente por la connotación que tiene esta forma de solución de controversias, donde el conocimiento de un arte, ciencia o disciplina es la que determinará quien tiene la razón, en caso de disputa entre las partes del contrato.

"En este orden de ideas, las distintas causales de nulidad del laudo arbitral, contempladas en la ley 80 de 1993, sólo aplican cuando el laudo se dicta en derecho, no cuando la decisión es de carácter técnico; caso en el cual lo decidido ni siquiera admite el recurso de anulación, pues el art. 74 de la ley 80 dispone, de manera seca y contundente, que 'La decisión adoptada será definitiva.'

¹⁸ Art. 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. (...)

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

¹⁹ "Art. 74. DEL ARBITRAMENTO O PERICIA TÉCNICOS. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva."

“Y no sería para menos, pues esta corporación no tendría elementos para controlar una decisión que no se funda, para nada, en el derecho, sino exclusivamente en valores y criterios técnicos, propios de cada disciplina, los cuales se convierten en su marco o parámetro de reflexión.”

Ahora, para distinguir el *fallo en derecho* de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: “es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente”, de manera que la concreción de esta expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho.

En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el “derecho positivo” es necesario delimitar este concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la *noción más pura y fuerte* de la expresión *derecho positivo* alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo *positivo* es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho.

Por tanto, surge la duda acerca de si el derecho que se expresa en las demás fuentes del ordenamiento jurídico –como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre, los principios generales, entre otras-, es decir, las fuentes *no normativas*, se integran al concepto *derecho positivo*. Para la Sala no cabe la menor duda que sí, es decir, que la acepción de esta expresión, en el contexto de la definición de *laudo en derecho* del art. 115, recoge todas las fuentes del ordenamiento, porque son jurídicas, establecidas, objetivas, existentes y reales –sentido afín al de la filosofía-, y si los árbitros las aplican a un caso concreto la controversia se entiende resuelta conforme al ordenamiento –es decir, al sistema normativo externo a cada individuo- que goza de la característica de la heteronomía, no de la autonomía.

En este orden ya había expresado esta Sección –sentencia del 22 de julio de 2009 exp. 35.564-: “Por tal razón, un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia. De esta forma, cuando el juez del recurso de anulación advierte que la decisión arbitral no se sustentó en normas de derecho positivo, en los principios generales, en la doctrina, en la jurisprudencia o en el mismo contrato –norma principal que somete a las partes-, concluirá que dicho fallo se profirió en conciencia, pues si no existe argumento jurídico –cualquiera sea su fuente, o una combinación de ellas-, se entenderá que el Tribunal, a pesar de decidir, lo hizo con base en criterios ajenos al ordenamiento jurídico, esto es, según la máxima ‘verdad sabida, buena fe guardada’.”

Entender que la expresión *derecho positivo* se reduce a las fuentes normativas – Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un *sistema* que combina de manera infinita la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta manera, *derecho positivo*, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; es decir, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que forman parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho²⁰.

En este contexto, *derecho positivo* se opone a *derecho natural*, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se apoyó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como apoyo de la decisión arbitral²¹. Esta posición es

²⁰ Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 –exp. 17.797-: “... si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en ‘conciencia’.”

inadmisible. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho –prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el *leal saber y entender* del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la *razón –jurídica-* que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.

El mejor ejemplo de una decisión dictada en conciencia –en un campo distinto, sólo aparentemente alejado del derecho- es la que adoptan los padres de familia cuando resuelven los conflictos cotidianos de la convivencia con sus hijos. Aquellos deciden frente a éstos quién tiene la razón en una disputa, no apoyados en el ordenamiento jurídico –pero si en algunas reglas propias de la vida en el hogar- sino guiados por una idea de justicia futura para los involucrados, de solidaridad, de ejemplo para alguno, de perdón forzado, de modo que los *jueces-padres* asignan a alguno de ellos o a ambos hijos premios o castigos con fundamento en una especie de sabiduría que ponen en la decisión, con el fin de perfeccionar la educación y de fortalecer los lazos familiares –por lo menos eso pretenden-. Lo sugestivo es que esta forma de resolver los conflictos ordinarios de la casa produce consecuencias firmes, seguras y prácticas, usualmente incuestionables, porque los destinatarios de la decisión admiten lo decidido, lo acatan y cumplen, confiados en la sapiencia de sus *jueces*. En el entorno de la amistad, de algunas relaciones laborales, y en otros círculos similares, la decisión en conciencia es la base y usanza en la solución de conflictos.

Incluso, otras relaciones humanas más formales se fundamentan en esta modalidad de solución de controversias. Es el caso de los negocios entre particulares, donde la

²¹ Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 –exp. 19.090-: “Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña –no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación.

“Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera”.

decisión en conciencia, sometida a un tribunal de arbitramento, tiene la aptitud de dirimir el conflicto, porque las partes se muestran dispuestas a aceptar la decisión que toma una persona –árbitro- que goza ante ellas de una altura moral, académica, ética o profesional que les es digna de aceptar sin reparos, porque respetan su juicio y ponderación en la manera de percibir la justicia de un caso concreto. El problema es que este juicio no lo admite la ley tratándose de los tribunales de arbitramento donde es parte una entidad estatal.

Por el contrario, el fallo en derecho obedece a un sistema instituido por el juicio jurídico objetivo, cuyas reglas no crea ni propone cada sujeto que funge de juez, sino que se origina en un contexto general que si bien integra a todos los individuos no necesita de cada uno para que exista. El derecho positivo, por estas mismas razones, se impone y antepone al juez. Su deber es observarlo, incluso si no lo comparte –salvo el juicio propio de la excepción de inconstitucionalidad de la norma que debe aplicar-.

Claro está que un juicio de control, aún más complejo de realizar, sobre la actividad arbitral consiste en establecer con precisión si un laudo se dicta en conciencia, pese a que se utiliza una sola fuente del derecho, y no varias, pudiendo hacerlo. Lo que cabe advertir a este respecto, sobre el que no existe tarifa legal o jurisprudencial, es que esa ponderación corresponde hacerla caso a caso, y que *a priori* no se puede sostener que por usar una cualquiera de las fuentes del ordenamiento jurídico el laudo se dictó derecho; ni que por usar una sola no lo es²². La sentencia del 4 de julio de 2002 – Sección Tercera, exp. 21.217- ya había manifestado que: “En el mismo sentido, puede decirse que el desconocimiento de una norma jurídica por parte del Tribunal de Arbitramento, valga decir, su inaplicación en un caso concreto, tampoco da lugar a que se concluya que el laudo, en ese aspecto particular, fue proferido en conciencia, a menos que resulte evidente que aquél pretendió basarse en la mera equidad”. De modo que al Consejo de Estado le corresponde develar eventuales laudos en conciencia que se apoyan en fuentes del derecho –que sólo anuncian usarlas sin aplicarlas-, o confirmar fallos en derecho que se fundamentaban en una cualquiera de esas fuentes.

²² En la sentencia de la Sección Tercera, del 3 de abril de 1992 –Exp. 6.695- se indicó: “En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.”

No obstante, también ha quedado claro que no cualquier referencia al derecho vigente satisface la necesidad de fallar en derecho –Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896- porque: “No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual *‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’*, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.”²³

En consecuencia, un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la *causa petendi* y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial.

En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno– y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en

²³ Agrego la misma providencia: “La *‘más mínima referencia al derecho positivo’* —como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala—, hace alusión, por tanto, a que esa *‘mínima referencia’* esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea —pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación—, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”

conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal.

Dicho sea de paso, ni siquiera el juez natural del conflicto –en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo- puede fallar en conciencia, y por eso quien lo reemplaza, en principio, tampoco puede hacerlo. No obstante, la razón más inmediata de esta conclusión se expresó antes: en los tribunales de arbitramento donde es parte el Estado no se puede pactar que el fallo se dicte en conciencia.

Ahora bien, la ratificación de la posición que se comenta, es decir, la idea ampliada de derecho positivo, tiene respaldo en la jurisprudencia inveterada de esta Sección, que se organiza según los criterios que se analizarán a continuación.

ii) Requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo.

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “1. adj. Descubierta, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “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.” – Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484-.

En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone en duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible²⁴. Esta Sección ya lo ha destacado -sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 20.129-: "Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho 'aparezca manifiesta en el laudo', y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros."²⁵

Este requisito dista en demasía de lo que estableció el legislador para las demás causales de anulación, donde la omisión de una condición semejante significa que esta Corporación debe auscultar intensamente la eventual configuración del vicio que se alega, lo que amerita estudios exhaustivos de sus elementos constitutivos. Por ejemplo, si la causal es por fallo extemporáneo, inevitablemente se revisarán las providencias que influyeron en el término para dictarlo, sin que se admita un estudio somero, general o que eluda la valoración completa de los documentos que indiquen en la causal. Lo propio aplica al vicio por fallo *extrapetita*, cuya valoración exige ponderar la demanda, su contestación –con las pretensiones y excepciones- y el laudo, para concretar con

²⁴ "En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma 'manifiesta', es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo." -Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526-. En el mismo sentido, sentencia del 3 de abril de 1992 -exp. 6695-.

²⁵ El requisito legal lo exige invariablemente rigurosamente la jurisprudencia, cuando señala: "Para que pueda predicarse que el laudo fue proferido en conciencia, dicha circunstancia de acuerdo con la exigencia de la causal segunda de anulación prevista en el art. 72 de la ley 80 de 199 debe ser manifiesta." -sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 22.012-

- "En estas circunstancias se debe negar la petición de nulidad, porque, como si esto fuera poco, el artículo 163.6 del decreto 1818 de 1998 exige que para que el fallo sea en conciencia debe aparecer esta circunstancia "... manifiesta en el laudo", lo que de modo alguno percibe la Sala, pues por manifiesto debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, aquello que es "patente, claro", connotación que no se cumple en el laudo que se analiza". - sentencia del 24 de mayo de 2006, exp. 31.024-.
- "En conclusión, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo." - sentencia del 30 de abril de 2012, exp. 42.126-.

mucho rigor técnico si se incurrió o no en él. Por el contrario, si la norma estableciera que estos dos vicios se configuran sólo si es manifiesta su materialización, no cabe duda que la ponderación cambiaría, porque la intensidad de la apreciación variaría sustancialmente.

En el caso concreto, la acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia.

En estos términos, un laudo se dicta en conciencia cuando a *prima facie*, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico.

iii) Criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.

a) *Primer criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige.*

Según lo expuesto, para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. En este sentido, expresó la sentencia de 27 de abril de 1999: "Por consiguiente, si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como 'en derecho' y no en conciencia.

"El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su

propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”²⁶

En sentencia de 9 de agosto de 2001 se reiteró la misma ideas: “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.”²⁷ (Negrillas fuera de texto)

En sentencia de 6 de julio de 2005 se señaló que el fallo en conciencia excluye la reflexión jurídica, dejando en el fuero interno del árbitro no sólo la motivación de la decisión, sino, y sobre todo, el parámetro o marco de referencia dentro del cual se juzga la controversia. En tal sentido agregó: “De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna.

“Queda claro, por tanto, que a la jurisdicción contenciosa sólo se le encomendó -en el caso de la causal segunda analizada- vigilar que la decisión del proceso se haya apoyado en normas jurídicas -errores *in procedendo*-; al margen, incluso, del sentido de la decisión misma, aspecto éste que quedó amparado en una especie de única instancia del proceso, así consentida por las partes cuando decidieron pactar la cláusula compromisoria, en tanto que la revisión del contenido de la decisión no es del resorte de esta instancia, es decir, que los errores *in iudicando* no se discuten a través de este recurso y esta causal.”²⁸

²⁶ Sentencia de 27 de abril de 1999; exp. 15.623; reiterada en: Sentencia de 18 de mayo de 2000, exp. 17.797; sentencia de 8 de febrero de 2001, exp. 18.411 y sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 19.273.

²⁷ Sentencia de 9 de agosto de 2001 -Exp. 19.273-. Agregó esta providencia: “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.”

²⁸ Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 28.990.

“En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma ‘manifiesta’, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.”²⁹

No obstante, el art. 115 no se limita a señalar que fallo en derecho es el que se dicta apoyado en *derecho positivo*, sino que agrega que debe ser derecho *vigente*. De esta manera, surge la primera acepción de la expresión que aproxima de manera casi natural la idea de fallo en conciencia: es el que no se apoya en el derecho, debiendo hacerlo, o apoyándose en el derecho no lo hace en el vigente sino en el derogado, en el declarado nulo o inexecutable o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez. En la sentencia del 9 de agosto de 2001 manifestó la Sala que: “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.”³⁰

De esta manera, la primera acepción jurisprudencial -de origen legal- de lo que constituye laudo en conciencia es la decisión con fundamento en normas inexistentes al momento de dictar el laudo, y agregó la Sala que lo será siempre que la norma sea definitiva para resolver el caso concreto, porque de no serlo no habría tenido incidencia en la decisión de los árbitros.

²⁹ En el mismo sentido ver: Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526; sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695; sentencia de 20 de junio de 2002, exp. 20.129. Se dijo en esta última oportunidad: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”

³⁰ Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19.273. También dispuso la Sala en la sentencia del 27 de junio de 2002 -exp. 21.040-: “Esas anotaciones jurídicas del laudo, hacen visible que laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar, porque la decisión estuvo fundamentada en normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento (Carta Política de 1991, ley 80 de 1993, pliego de condiciones, contrato de obra pública No. 403/94 y sus adicionales, como ley de las partes).”

No obstante, resulta extraño, desde el punto de vista conceptual, que este defecto del juicio lo tome la ley como un caso de fallo en conciencia, porque en tal supuesto los árbitros no actúan según su leal saber y entender el conflicto y su solución, sino que yerran en la normativa aplicable, de allí que el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho. Sin embargo, bien podía el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración de las causales de anulación de los laudos arbitrales, erigir este defecto en un supuesto de fallo en conciencia o equidad.

b) Segundo criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que se dicta en equidad; aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar.

Rigurosamente, la decisión donde el sistema jurídico no es el referente para formarse un juicio de valor no se denomina fallo en *conciencia* sino en *equidad*³¹, según se desprende del art. 115 del Decreto 1.818 de 1998: "El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico", y agrega: "El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad." A juzgar por este precepto la noción de fallo en conciencia carece de respaldo normativo.

Sin embargo, dicho concepto –laudo o fallo en conciencia- proviene del artículo 163.6 del mismo Decreto 1.818, concepto que funge como equivalente al de fallo en equidad, al señalar que es causal de nulidad del laudo: "haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho."³² Esto significa que fallo en equidad o conciencia alude al que no se dicta en derecho ni en criterios técnicos, es decir -en términos del art 115 mencionado-

³¹ En la sentencia de marzo 24 de 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.484- se expresó al respecto: "4.1. En el sistema jurídico colombiano la calificación 'en conciencia' fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión 'en equidad.'"

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

³² El Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 1999 -exp. 12.202- señaló en este sentido: "Con respecto al cargo examinado, la Sala ha de reiterar lo expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el fallo en conciencia se presenta sólo en aquellos casos en los cuales la decisión, antes que en una fundamentación jurídica, se produce primordialmente con sustento en razones de equidad".

donde se decide *según el sentido común y la equidad*, o sea, los que no se fundamentan en *derecho positivo vigente* ni en los criterios de una ciencia.

Acerca de la idea de equidad como forma de juicio, esta Subsección expresó en la sentencia del 21 de febrero del 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.621-:

"4.2. Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad³³ pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.³⁴

"Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.³⁵

"La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.³⁶

"Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inícuo o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.³⁷

(...)

"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.³⁸

"También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio³⁹ o de las normas jurídicas,⁴⁰

³³ P. G. CARON. *"Aequitas" Romana, "Misericordia" Patristica Ed "Epicheia" Aristotelica Nella Dottrina Dell'"Aequitas" Canonica*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

³⁴ Ibidem.

³⁵ ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

³⁶ P. G. CARON. *"Aequitas... Opus. Cit.*, p. 6.

³⁷ Ibidem, p. 98-104.

³⁸ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

por la ausencia de razonamientos jurídicos⁴¹ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.⁴²

“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 prescindie 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 cobija 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.”⁴³

“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 habilitan⁴⁴ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.⁴⁵

“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

³⁹ Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

⁴⁰ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

⁴¹ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

⁴² Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

⁴³ Artículo 116 de la Constitución Política.

⁴⁴ Artículo 116 de la Constitución Política.

⁴⁵ Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

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.”⁴⁶

Ahora bien, si se juzga rigurosamente por lo que expresa el numeral 6 del art. 163, se deduciría que bajo ninguna circunstancia es admisible que los árbitros juzguen en equidad, conclusión que vale la pena revisar. En efecto, como lo acaba de señalar la Sala –según lo expuesto en la sentencia que se viene de citar- la equidad no está proscrita de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado. Además, cabe agregar, de conformidad con lo expresado en la sentencia del 5 de julio de 2012 –Sección Tercera, exp. 40.718-, que la Constitución Política establece, en el inciso segundo del art. 230, que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, y esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución⁴⁷. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra vinculada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos.

⁴⁶ Esta tesis se reiteró en la sentencia del 24 de marzo del 2.011, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38.484.

⁴⁷ En este sentido ya se expresó la Sección Tercera, en la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 - 35.896-: “Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política, en cuyo artículo 230, se establece que: (...)”

“Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares; en efecto, dado que las leyes consagran supuestos generales y situaciones en abstracto que se presentan en la sociedad, al ser aplicada a los casos particulares a los cuales está dirigida, requiere de la intervención de criterios y principios que como la equidad permiten desatar cualesquier controversia concretando el valor de justicia; es decir, su importancia reside en que con ella se precave una injusticia derivada de la aplicación de la ley a un caso particular. Por eso, en derecho siempre hay que encontrar decisiones y soluciones que, bajo el principio de equidad y sin abdicar o desconocer la ley, resulten justas, tarea en la cual el juez no se opone a la voluntad soberana del legislador sino que la concreta en atención a la situación particular y en forma tal que esté en consonancia con las circunstancias reales y propias del caso, para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho”.

Añadió la providencia del 5 de julio que se viene citando que cuando la equidad se usa como criterio auxiliar no autoriza que el juicio y la decisión que contiene el laudo se dicte en conciencia, sino que siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que encubre la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación ejercerá con rigor. Carlos M. Entrena Klett advierte esta tensión al señalar: "... con lo que se realza la relatividad de los términos *ius strictum* y *ius aequum*. Estas normas rígidas, necesarias en honor a la seguridad jurídica, a la paz social, deben ser detalladamente vigiladas por el legislador para evitar que mantengan su virtualidad cuando ya están obsoletas... 'el destino trágico de tales preceptos formales estriba en que todavía rigen cuando ya carecen de sentido'."48 Y añade citando a Castán que "la equidad no sirve para formular nuevas normas, sino que es un método para la aplicación de las existentes a los casos de la vida." –pág. 59-

De manera que el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que esta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso *sub iudice*, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

c). Tercer criterio definitorio de fallo en conciencia: La hermenéutica sobre las normas aplicables, sobre el contrato y sobre las actuaciones procesales.

También considera la Sala que no configura un fallo en conciencia el hecho de que el juez interprete una norma, o un concepto suyo, o toda una institución jurídica, para

⁴⁸ La equidad y el arte de juzgar. Ed. Aranzadi. Segunda edición. Pamplona. 1990. Págs. 53 a 54.

dirimir el conflicto. Esta operación cognitiva y del raciocinio, de hecho, es necesaria para formar un juicio correcto, porque se sabe que hace parte del análisis jurídico –y curiosamente también de un análisis en conciencia- la interpretación de los textos, para desentrañar su sentido y aplicarlos a casos concretos, y más aún si se trata de contratos, cuya vocación hermenéutica es indiscutida, tanto así que el mismo Código Civil dedica un capítulo a las reglas hermenéuticas con las que se puede aproximar su sentido –arts. 1.618 a 1.624-⁴⁹.

Claro está que también las leyes enuncian principios o reglas hermenéuticas para su comprensión, entre las que se pueden citar las leyes especiales de una materia –que actualmente acostumbran incorporar reglas interpretativas propias- y las leyes generales, como la 153 de 1887 –arts. 1 a 9, ente otros-⁵⁰.

Lo mismo cabe decir de las actuaciones procesales –como el comportamiento de las partes o los escritos que presentan-, cuya necesidad de ser entendidas no es extraña, más bien es frecuente, y la adelanta tanto el juez arbitral como la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵¹.

⁴⁹ El Consejo de Estado en sentencia del 20 de junio de 2002 –exp. 20.129 – señaló a este respecto: “De los planteamientos anteriores, extraídos del laudo arbitral que se impugna, se aprecia claramente su juridicidad frente al ordenamiento positivo vigente, ya que el tribunal de arbitramento se atuvo a la voluntad de las partes, en tanto de varios de los documentos de la relación contractual se desprendía que si bien hicieron modificaciones al contrato, la intención siempre fue la de ‘no variar el valor del mismo’ y esto conducía, como lo interpretaron los árbitros, que si una obra del contrato se suprimía para darle cabida a una nueva, su valor se mantendría en los términos originales con fundamento en la ‘compensación’ que siempre se invocó por las partes.

“Que el tribunal de arbitramento haya concluido que las partes convinieron que el valor del contrato no se modificaría no significa que se hubiera proferido el laudo en conciencia, pues con criterio jurídico y previo el análisis del material allegado y recaudado en el proceso negaron las pretensiones de la demanda.”

En el mismo sentido -es decir, sobre la posibilidad hermenéutica de los contrato, por parte de los árbitros- se pronunció la sentencia del 4 de julio de 2002 –exp. 22.012-.

⁵⁰ En la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 35.288- la Sección Tercera indicó: “Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes”.

⁵¹ El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de mayo de 2006 –exp. 31.024-, señaló: “Para la Sala los argumentos expuestos no conducen a concluir que el laudo se hubiera proferido en conciencia, pues su censura se refiere a la actitud de los árbitros, es decir a la forma en que asumieron la interpretación de la demanda y la valoración de las pruebas, los cuales, a su juicio, lesionaron su derecho de defensa.

“Los hechos descritos dejan ver, una vez más, que el recurrente pretende discutir aspectos del proceso que no encajan en los supuestos del recurso de anulación del laudo -para este caso, en la causal de haberse

De manera que para llevar a cabo esta tarea el juez se sirve de diversas técnicas, pero todas integradas al derecho, porque no están fuera de él, de allí que interpretarlo es hacer derecho, y su materialización no puede confundirse con una actuación basada en la equidad o en la conciencia⁵². Por esto ha dicho la Sección -sentencia del 9 de agosto de 2001 –exp. 19.273-: “... cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”. Y en la sentencia de 5 de julio de 2.012 –exp. 40.718- agregó:

“Ahora, la interpretación por analogía, que fue lo que aplicó el Tribunal cuando se remitió a la noción de usuario prevista en la ley 142 de 1.994 - que regula los servicios públicos domiciliarios, no la infraestructura vial-, es una técnica jurídica aceptable, que esta jurisdicción no reprocha como forma de razonamiento jurídico para entender un concepto precisamente jurídico, desde el derecho mismo. Ahora, el resultado de esa operación intelectual no lo juzgará esta Sala, porque implicaría entrometerse en la decisión de fondo, cuando tan sólo debe verificar que la decisión no haya sido en conciencia sino en derecho, y lo que se viene indicando es que por esta sola reflexión la calidad de su contenido es, sin duda alguna, jurídica.

“Lo mismo cabe señalar de la posibilidad de interpretar una expresión con ayuda de un diccionario de la lengua española –cualquiera que sea-, teniendo en cuenta dos circunstancias, que califican su utilización como una herramienta al servicio del análisis jurídico riguroso, y no de la equidad o la conciencia. De un lado, el hecho de que se trata de una técnica que utilizan los jueces para llenar de contenido conceptos que no necesariamente tienen un alcance jurídico especial que lo diferencia del lenguaje común. En este orden de ideas, es usual que las sentencias de las altas cortes interpreten los conceptos jurídicos con ayuda del diccionario, para precisar el sentido que adquiere una expresión en el derecho.

“De otro lado, la posibilidad y la necesidad de interpretar un concepto incorporado en una norma, que corresponde al mismo del idioma español, puede hacerse con ayuda del diccionario, lo que, incluso, goza de apoyatura normativa. Se trata de los artículos 28 y 29 del Código Civil – que proceden de la ley 153 de 1.887-, que disponen que las palabras de una ley se deben interpretar según su uso natural -es decir, el del idioma

fallado en conciencia-, aduciendo que el actor no precisó los incumplimientos que le imputaba al demandado.”

⁵² En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- se sostuvo: “Ni tampoco es causal de anulación la equivocada interpretación que el juzgador haga sobre las disposiciones contractuales y las normas sustanciales que rigen la materia, de modo que el recurso tiene un alcance limitado fijado por la ley”.

español-, salvo cuando tengan un alcance técnico-legal, en cuyo evento habrá de atenderse a él⁵³. Esto significa que el juez, por mandato de esta disposición, puede interpretar la norma ayudado del sentido natural de las palabras, y por esta misma razón esta forma de proceder es jurídica en sí misma, porque la ampara la ley.”

En este sentido, también declaró la Sala -sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273-: “Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho.”⁵⁴

d) Cuarto criterio definitorio de fallo en conciencia: La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho.

Que el contrato estatal constituya *derecho vigente*, para decidir la controversia jurídica, es un criterio consolidado en la Sección Tercera, con especial referencia a la siguiente decisión, que puede calificarse de fundadora de la materia, porque recogió las razones principales para considerarlo así -sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990- y se transcribirá extensamente por su claridad y pertinencia para el análisis que se viene haciendo:

“Las cláusulas de un contrato, y no sólo las normas positivas, constituyen derecho, para efectos de la causal segunda de anulación. Del recuento hecho en el subnumeral anterior, vale la pena aclarar algunos aspectos que

⁵³ “Art. 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

“Art. 29. Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.”

⁵⁴ El Consejo de Estado indicó en la sentencia del 27 de junio de 2002 -exp. 21.040-: “Como se pudo observar el recurrente - INVIAS controvertió el laudo, en el aspecto visto, porque no compartió la decisión a los problemas jurídicos planteados; porque objetó, por una parte, la forma como fue interpretada la demanda de convocatoria, el alcance jurídico dado en el laudo a la institución de la ruptura del equilibrio económico del contrato, la aplicación de la teoría de la responsabilidad como fuente de reparación integral del daño, la interpretación efectuada sobre la cláusula contractual sobre plazo del contrato y la fórmula de ajuste prevista en el pliego de condiciones, la aplicación de la teoría de la responsabilidad por hechos materiales imprevistos, y la valoración probatoria efectuada frente a los hechos de incumplimiento contractual de las partes, y su incidencia en el atraso de la obra y en la alteración del equilibrio económico del contrato.”

confirman a la Sala la conclusión de que el fallo no se produjo en conciencia, sino en derecho.

“Un fallo en derecho, en materia contractual, no es aquél que se apoya única y exclusivamente en normas con rango de ley, o en decretos, o similares - como parecen entenderlo los recurrentes-; puede estar sustentado en las cláusulas del contrato, y en los documentos que forman parte del negocio jurídico -pliegos de condiciones, cartas, actas, etc.-.

“En efecto, en este campo, el derecho no es sólo el producido por los órganos institucionalmente establecidos para el efecto –tal como ocurre con las materias reservadas a la ley, o con la exclusividad que tienen otras normas, fundamentalmente reglamentos de diversas autoridades, para regular algunos temas-, sino que en esta materia el derecho mismo puede ser, y de hecho tiene que serlo, de creación de las partes.

“Téngase presente, además, que la causal segunda de anulación que se analiza, se estructura sobre la base de que el fallo debe ser en “derecho”, con lo que se quiere significar que el “derecho” es mucho más amplio y omnicompreensivo que las solas normas producidas por el legislador, entre otras normas creadas por órganos formalmente establecidos.

“Incluso el propio Código Civil -al cual remite la ley 80 de 1993, en los arts. 13 y 40- es el que establece que ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1602), y más adelante agrega que ‘los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.’ (art. 1603)

“De estas normas se desprende que, efectivamente, la capacidad creadora de derecho –con efecto exclusivo entre las partes-, a través de un contrato, es una de las fuentes normativas, a través de las cuales se resuelve, en derecho, un conflicto contractual. Incluso puede ser la más importante fuente de derecho para realizar este cometido encomendado al juez.

“He aquí una diferencia importante, en relación con otras instituciones jurídicas -como por ejemplo la material laboral, o la impositiva, etc.-, cuyo derecho es eminentemente externo a las partes; mientras que en materia contractual, buena parte de su contenido es definido libremente por ellas – desde luego que con una debida cobertura legal-, lo que hace que al momento de definir las controversias el juez se deba ajustar, primero, a los acuerdos alcanzados, por supuesto que manteniendo una permanente observancia de las normas legales con incidencia sobre la relación negocial, y que no pueden ser alteradas por las partes –como es el caso de la ampliación o la creación de causales de anulación del laudo-, según se analizó arriba.

“En el caso objeto de este recurso se aprecia, precisamente, que el fallo se fundamentó en derecho, y, principalmente, en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el contrato –junto con sus aclaraciones,

modificaciones y en el pliego de condiciones-, lo que hace que por este aspecto se encuentre apoyado en el derecho.”⁵⁵

Desde luego que a esta tesis le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico.

e) *Quinto criterio definitorio de fallo en conciencia: La condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia.*

El otro supuesto creado por la jurisprudencia lo constituyen las pruebas del proceso, que deberían ofrecer convicción al tribunal de arbitramento, pero si no existen o carecen de soporte valorativo normativo afectan la validez de la decisión. Esto lo ha precisado la Sala, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En palabras de la Corporación: “Revisado el laudo proferido, se observa que el Tribunal se refiere a cada una de las pruebas practicadas dentro del proceso y las valora con fundamento en la sana crítica, concluyendo, respecto de los testimonios, que algunos de ellos son dignos de credibilidad, por no presentar contradicciones y no estar demostrado que los declarantes tuvieran interés en el proceso, y otros, en cambio, debían ser rechazados, por inexactos y contradictorios, y por existir vínculos de diversa índole entre los declarantes y las partes o sus representantes. Con fundamento en estas consideraciones, establece cuáles son los hechos que se encuentran probados y, posteriormente, presenta sus ‘consideraciones jurídicas’, refiriéndose, concretamente, al incumplimiento del contrato, alegado por ambos contratantes, y a las indemnizaciones solicitadas.

“No existe, por lo anterior, evidencia alguna de que el laudo recurrido hubiere sido proferido en conciencia. Por el contrario, del análisis de sus motivaciones se concluye que la decisión en él contenida fue adoptada en derecho, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, que fueron valoradas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Es evidente, además, que la

⁵⁵ Esta tesis la reiteró la sentencia del 24 de mayo de 2.006, exp. 31.024.

argumentación planteada por el impugnante está dirigida, como se demostró anteriormente, a cuestionar las conclusiones obtenidas con fundamento en la valoración efectuada por el Tribunal, lo que sería posible en un trámite de instancia y resulta totalmente improcedente en el recurso de anulación. Así las cosas, se concluye que no puede prosperar la causal invocada, en tanto se sustenta en los argumentos relativos a la valoración de la prueba testimonial.”⁵⁶

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas la sentencia del 6 de julio de 2005 -Sección Tercera, exp. 28.990- donde se planteó: “Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.

“No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando a expresado que: (...)

“En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.”⁵⁷

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766. En sentido parecido véase la referencia al tema probatorio frente a la causal segunda de anulación en la sentencia de esta misma Sección, de julio 27 de 2000, exp. 17.591 y en la sentencia de junio 14 de 2001, exp. 19.334.

⁵⁷ Esta providencia la reiteró la Sección Tercera en la sentencia del 3 de agosto de 2006 -exp. 31354- y en la sentencia del 16 de junio de 2008 -exp. 34.543-.

No obstante, la tesis se había insinuado tímidamente en la sentencia del 14 de septiembre de 1995 -exp. 10.468- que dispuso: “La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en

Finalmente, ha considerado: "Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. (...)

"En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.⁵⁸

"Debe advertirse, sin embargo, frente a esta último requisito, que la posibilidad de que el aspecto probatorio de un proceso arbitral configure una violación al deber de fallar en derecho, radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros.

"No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente esconda sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba

la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo."

⁵⁸ Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 28.990.

le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere.”⁵⁹

Esta tesis, sin embargo, no admite que se controvierta el laudo, a través del recurso de anulación, aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación⁶⁰.

⁵⁹ Sentencia de febrero 7 de 2008. Exp. 33.811. La Consejera Myriam Guerrero de Escobar, en aclaración de voto a la sentencia 35.288, proferida el 10 de junio de 2009, expresó: “... deberá tenerse en cuenta que también se configura la causal de fallo en conciencia cuando el juez no obstante haber hecho referencia al derecho positivo y efectuado la valoración de la prueba en forma detallada y conjunta y de armonizarla en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se aparta de ella y falla a su leal saber y entender, manteniéndose al margen de su contenido y de lo que se ha demostrado a través de su análisis.

“La prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad a la sentencia puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y en su lugar crear su propia prueba que pueda acomodarse a la decisión que en equidad profiere. Una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a que se configure el fallo en conciencia”. Finalmente, en sentido similar se pronunció la sentencia de agosto 23 de 2010 –exp. 38.051-.

⁶⁰ En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- la Sección indicó, en el sentido que se viene comentando, que: “Ahora bien, si en sentir del recurrente el análisis probatorio no se sujetó a la verdad de lo sucedido y, el alcance que el juzgador le dió al contrato resultaba equivocado; dicho argumento en realidad constituye una inconformidad sustancial con lo decidido, bien porque resultaba equivocada la valoración o la interpretación del contrato. Pero, esta inconformidad no constituye un error in-procedendo que hubiese afectado la validez de la actuación o que hubiese desconocido el derecho de defensa; en realidad, la inconformidad del recurrente obedece simplemente a la intención que tiene el recurrente de que por esta vía procesal se efectúe otro análisis de las pruebas y del contrato, para lograr una conclusión y una decisión diferente.
(...)

“El fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la mera equidad, lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto los árbitros profirieron la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, en cumplimiento de las reglas de la sana crítica, con sujeción a las disposiciones legales y a las normas contractuales. Cosa distinta es que en sentir del recurrente, la valoración y el alcance que el juzgador le dió a cada uno de los medios probatorios sea abiertamente equivocado.”

En el mismo sentido, agregó la sentencia del 10 de marzo de 2005 –exp. 27.946-: “La deficiencia en la apreciación probatoria el legislador la ha tenido en cuenta pero como supuesto de otros medios de defensa, como el recurso extraordinario de casación, al establecer dentro de las causales de casación, la violación de norma de derecho sustancial y señalar que puede ocurrir como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba (art. 368 num. 1 del C. P. C.). Pero se repite que el legislador no contempla los defectos en la apreciación de las pruebas o la pretermisión de alguna de ellas al momento de decidir, como causa jurídica de imputación en un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral y menos bajo el enunciado de haberse emitido fallo en conciencia, debiendo haber sido en derecho.

f) *Sexto criterio definitorio de fallo en conciencia: No lo constituye la incursión en una vía de hecho.*

También ha expresado la Sección que la comisión de una vía de hecho no es constitutiva de un fallo en conciencia, sin que ello signifique que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haga caso omiso de una irregularidad semejante, es sólo que no puede olvidarse que el tribunal de arbitramento tramita un proceso de única instancia y que el Consejo de Estado sólo juzga vicios específicos de la decisión, no inconformidades generales frente a ella. Al respecto ha manifestado esta Corporación: "... es necesario aclarar en primer lugar, que dentro de las taxativas causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas de contratos estatales, contenidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y recogidas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 a las que ya se hizo alusión, no se halla la vía de hecho.

"Y en segundo lugar, no se puede afirmar que cuando un juez incurre en una vía de hecho, está profiriendo un fallo en conciencia. Ya se dijo en qué consistía este último: Es la decisión que se toma sin tener en cuenta el derecho positivo aplicable y con fundamento en el sentido de justicia del juzgador, que puede ser perfectamente válido, cuando existe autorización legal para tomar esta clase de decisiones, tal y como sucede con los laudos arbitrales regidos exclusivamente por el Decreto 2279 de 1989, que pueden ser de tres clases: en derecho, en conciencia o técnicos.

"En cambio, la vía de hecho implica siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación.

"De acuerdo con lo anterior, resulta evidente el error en que incurre el apoderado del INVIAS al equiparar la vía de hecho, con el fallo en conciencia, que es la circunstancia consagrada como causal de anulación del laudo arbitral".

g) *Séptimo criterio definitorio de fallo en conciencia: La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia.*

Partiendo de esos conceptos, la Sala examinará si la causal alegada, para anulación del laudo recurrido, se configura."

Como consecuencia de lo que se ha mencionado en los aspectos analizados, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que el error en que incurran los árbitros al decidir no constituye un fallo en conciencia, sino una decisión equivocada, no controlable a través de la causal sexta de anulación –y de hecho a través de ninguna otra-. Así, por ejemplo, en la sentencia del 28 de noviembre de 2002 –exp. 22.191- precisó: “... es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in iudicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley”.

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas: exp. 34.543, de junio 16 de 2008; exp. 35.288, de junio 10 de 2009; exp. 35.896, de julio 8 de 2009; exp. 36.364, de febrero 3 de 2010; exp. 42.126, de abril 30 de 2012; exp. 38.051, de 23 de agosto de 2010 y exp. 41.029, de noviembre 17 de 2011.

2.2.2. El caso concreto

Apoyados en la fundamentación extensamente expresada, se recuerda, primero, que el recurrente cuestionó el laudo por dos razones: i) porque el Tribunal no señaló ni explicó en qué pruebas se apoyó la prosperidad de la excepción segunda del IDU, y ii) porque se fundamentó en normas no aplicables a las controversias derivadas de contratos estatales, puesto que condenó en costas a la recurrente aplicando el Código de Procedimiento Civil, cuando debió aplicar la norma especial de la Ley 80 de 1993, o en su defecto el Código Contencioso Administrativo.

a) Para resolver estos cuestionamientos hay que recordar, primero, que la *segunda excepción* que propuso el IDU consistía en la improcedencia de la obligación de

pagarle a los concesionarios el *Ingreso Mínimo Garantizado* –IMG- del año 2010, porque obtuvieron la rentabilidad esperada. Por su parte, la recurrente afirma que el laudo se dictó en conciencia por carencia de pruebas en las que apoyó la decisión que declaró probada esa excepción. En su lugar, la Sala advierte que: i) El laudo no se dictó en conciencia, y ii) la intención del recurrente de valorar en este otro proceso el material probatorio.

i) Para justificar la primera conclusión, en el numeral III del Laudo, denominado “Las objeciones por error grave de los experticios” –fl. 42, cdno. ppal.- el Tribunal llegó a varias conclusiones: inicialmente desestimó las objeciones formuladas por el IDU contra el dictamen rendido por el perito designado por los árbitros; asimismo, hizo lo propio respecto de las que presentó el IDU contra las mediciones de parqueo de los concesionarios y, finalmente, “desechó” las conclusiones del dictamen financiero que suministró el IDU, objetado por la convocante –fl. 46, cdno. ppal.-, por coincidir en su contra las conclusiones sobre la naturaleza del IMG y sobre los resultados financieros de las demandantes, establecidas en dos experticios, el primero ordenado por el Tribunal y el segundo aportado en la demanda por las convocantes.

Esto significa que prueba pericial hubo, y que a falta de una las partes aportaron, cada cual, su estudio y perspectiva técnica y financiera, y el tribunal de arbitramento decretó otra.

Asimismo, a folio 56 del cuaderno principal -como lo señaló la recurrente-, el tribunal afirma que se apoyó en los experticios y en los resultados contables, para acreditar los magníficos beneficios económicos que recibieron los concesionarios:

“En el caso que ocupa la atención del Tribunal, es claro con apoyo en los experticios incorporados al expediente y en los resultados contables de las compañías demandantes, que sus beneficios contractuales han superado en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos. Por este caminos, la prolongación del pago del IMG a cargo del IDU acrecentaría, al menos en las condiciones actuales, el desequilibrio en las respectivas relaciones jurídicas, debiendo el fallador corregir esta situación.” –fl. 56, cdno. ppal.-.

Pues bien, de la lectura del laudo resulta sumamente fácil entender que el experticio “desechado” no constituyó el fundamentó de la prosperidad de la excepción. Por el contrario, el tribunal, valiéndose de los demás dictámenes incorporados al expediente,

admitidos por los árbitros, y además apoyados en los resultados contables de las sociedades demandantes, concluyó que existió una altísima rentabilidad en sus utilidades. Además, como se advierte de la lectura del aparte transcrito, la colaboración de los auxiliares de la justicia tampoco fue el único sustentó de la decisión, porque se tuvieron en cuenta documentos provenientes de los resultados financieros y contables de las mismas convocantes.

En conclusión, de ninguna manera es un laudo en conciencia aquél donde el Tribunal señala en qué elementos de convicción fundamenta lo resuelto, así que en el caso concreto no hubo apoyo en un punto de vista personal para tomar la decisión, porque los árbitros no dedujeron del corazón, del sentimiento, de la angustia, del pesar, del dolor o de la amistad, entre otros factores extrajurídicos, la conclusión según la cual el negocio de los parqueaderos arrojó una utilidad maravillosa a las sociedades demandantes. Al contrario se llegó a esa conclusión porque los informes técnicos contables que reposan en el expediente así lo indicaron, y los jueces creyeron en ellos, hasta concluir más delante de la cita anterior que:

“A todo lo anterior debe sumarse una consideración más, invocada como excepción por la parte demandada, que resulta del texto del artículo 30 de la ley 105 de 1993. Esta norma, aplicable entre otras cosas a los ‘proyectos de infraestructura vial’, tanto urbana como extraurbana, porque su texto no establece distinciones, dispone que las entidades estatales podrán aportar recursos para el debido desarrollo de dichos contratos, pero que las aportaciones de recursos públicos **cesarán** cuando el contratista ‘obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión el retorno del capital invertido.’

“Para el Tribunal es claro que una correcta interpretación de lo dispuesto en la norma antes invocada, respetando su intencionalidad, debe tener en cuenta, no sólo el retorno del capital, sino también una entidad razonable, ya que de lo contrario no sería viable obtener la participación del capital privado en los programas viales o de infraestructura.

“Por cuanto consta claramente en el material probatorio que las entidades demandantes recuperaron su inversión muy rápidamente; que cancelaron en un tiempo muy corto los créditos a los cuales acudieron para dicha inversión, conjuntamente con los respectivos rendimientos financieros; que pudieron en un plazo breve distribuir utilidades porcentualmente importantes, y que han acumulado excedentes de tesorería de magnitud llamativa, es claro que se impone aplicar la disposición del artículo 30 que se estudia, entendiendo que los aportes de recursos públicos deben detenerse en el punto en que se suspendieron y, todavía más, que debieron suspenderse con anterioridad, si incuria (sic) en el manejo de los

asuntos públicos no hubiera llevado al resultado que hasta ahora se ha producido.” –fls. 57 y 58, cdno. ppal.-.

Adicionalmente, no se evidencia arbitrariedad del tribunal, porque, incluso, defendieron el pago de las utilidades a las sociedades, por estar soportadas en una cláusula y por tanto en la autonomía de la voluntad que asiste a los sujetos contractuales en la celebración de negocios jurídicos –cláusula 10.2 literal a, de los contratos de concesión-, no obstante, posteriormente, precisaron la tesis del alcance del equilibrio financiero, con apoyo en el estatuto comercial –art. 868-, en la Ley 80 –art. 27- y en las pruebas practicadas en el proceso.

En estos términos, es evidente y poco sutil la intención de la recurrente de reabrir la etapa de probatoria que se dio en el proceso arbitral –que por naturaleza es de única instancia-, situación que en modo alguno configura la causal de anulación invocada, que esta refiere, únicamente, al fallo en conciencia, es decir a la omisión de los elementos de convicción por parte del juez. No obstante, este cargo no autoriza valorar nuevamente las pruebas del proceso, porque el estudio de la causal debe centrarse en la decisión de los árbitros, es decir en determinar si el fallo tiene o no sustento probatorio, no si las pruebas se valoraron correctamente, lo que es admisible a través del recurso de apelación, pero este no es el caso pues la decisión arbitral es de única instancia.

Por tanto, es demasiado evidente que la decisión recurrida se sustentó en elementos de prueba que a juicio de los árbitros acreditaron los excelentes beneficios económicos que obtuvieron las sociedades convocantes con la explotación del negocio de parqueaderos en la ciudad de Bogotá.

ii) Por otra parte, la recurrente cuestionó el laudo porque la valoración sobre la decisión de la condena en costas se basó en normas procesales que no aplicaban a las controversias contractuales, porque se apoyó en el Código de Procedimiento Civil, en lugar de hacerlo en la Ley 80 de 1993, o en su defecto en el Código Contencioso Administrativo.

Para resolver se considera que si en gracia de discusión el tribunal de arbitramento aplicó una norma procesal que no regía el trámite arbitral, en este caso para condenar en costas a los convocantes, este defecto no se ajusta a la causal de anulación del laudo por “fallo en conciencia”, pues la decisión de fondo del litigio, desde el punto de vista

sustantivo que lo regía -concretamente la normativa contractual y demás normas de reenvío que sirven para interpretarla, incluido el contrato- no hacen parte de los supuestos de hecho que configuran este vicio de anulación.

Los recurrentes pretenden, por esta vía, dar al traste con un trámite arbitral, es decir un proceso judicial, costoso en esfuerzos, tiempo y recursos, desdeñando la decisión de fondo para hacer prevalecer un eventual defecto procesal de condena en costas; criterio que de ninguna manera se ajusta a la justicia material y a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental -que también rige en la justicia arbitral y en la justicia contencioso administrativa que ahora decide el recurso de anulación-, tratando de que prevalezca lo pequeño y accesorio de un proceso judicial complejo sobre lo central, de fondo o material de la controversia.

Semejante forma de ver el problema de ninguna manera la comparte la Sala, pues el culto a la nimiedad no tiene cabida en la Constitución de 1991, y la pretensión de los recurrentes conduce, precisamente, a desestimar todas las decisiones que pusieron fin al conflicto para que las costas a que fueron condenados no se paguen o se varíen. Este último aspecto del laudo en nada afecta las decisiones tomadas en derecho, ni convierte en fallo en conciencia uno dictado en derecho.

No obstante, lo expresado, habría sido suficiente señalar que la eventual aplicación equivocada de la norma procesal que regula las costas de los juicios -sobre lo cual la Sala ni siquiera se pronunciará- no hace parte de la causal de anulación denominada fallo en conciencia, pues defectos procesales de este tipo no caben en dicha causal. No obstante, para la Sala era pertinente y necesario reafirmar en este lugar la vigencia iluminadora del art. 228 de la CP. frente a los cuestionamientos aprovechados de quienes recurren las decisiones arbitrales esforzándose en calificar como un vicio deplorable aspectos procesales francamente accesorios al litigio, que no tocan un ápice de su sentido y coherencia jurídica.

2.3. Tercer Cargo: Causal No. 7 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998:
"Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento."

2.3.1. Generalidades sobre la causal

Esta causal contiene, claramente, dos supuestos perfectamente diferenciados: el primero, relacionado con los errores aritméticos en la parte resolutive del laudo; y el segundo, que se refiere a las disposiciones contradictorias que ésta misma pueda contener.

En esa perspectiva, la prosperidad de la causal exige la concurrencia de las siguientes condiciones: *i)* el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en ella, conforme al cual quien la invoca debió advertir al tribunal de arbitramento dicha irregularidad, en la respectiva oportunidad procesal; y, además, *ii)* se requiere que sea una disposición de la parte resolutive del laudo la que se encuentre en contradicción con otra ubicada en el mismo lugar.

Sobre la primera condición, es decir, el requisito de procedibilidad, la Sala reitera, como lo ha expresado en otras ocasiones, que se agota en la oportunidad que tienen las partes para pedir la correspondiente aclaración, corrección o complementación del laudo⁶¹:

“Nótese que en esa particularidad de la causal el Derecho busca, en primer término, que los árbitros tengan oportunidad de enmendar el error aritmético o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo y, en segundo término, que se haya cumplido con el requisito de procedibilidad, atinente a que los árbitros hayan sido requeridos y hayan decidido negativamente, previamente a la interposición del recurso de anulación.

“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.**”⁶² (Resalta la Sala)

⁶¹ Al respecto, el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, dispone: “El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil.”

⁶² Sentencia de junio 27 de 2002. Exp. 21.040.

Desde luego que el momento para cumplir este requisito no es otro que el que se acaba de señalar, porque si se trata de hacer caer en cuenta al Consejo de Estado de la existencia de contradicciones en la "parte resolutive del laudo", es lógicamente necesario que éste se haya proferido, para que pueda controvertirse en tal sentido y con ese propósito.

Ahora bien, expedido el laudo, y antes de interponerse el recurso de anulación, la ley procesal tiene prevista una etapa para solicitar la aclaración, complementación o corrección al mismo⁶³, de manera que éste y no otro es el momento oportuno para hacer caer en cuenta al Tribunal de la existencia de contradicciones en la parte resolutive de aquél.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la existencia de posibles contradicciones en la parte resolutive constituye sólo un aspecto de interés para la parte del proceso, a fin de que el Tribunal lo aclare, corrija o complemente. Es decir, que quien usa una o varias de estas tres alternativas lo hace con la expectativa de efectivizar una variedad amplia de intereses que lo mueven en el proceso, de manera que todas se prestan para cumplir múltiples propósitos, aunque sólo uno sirve para aspirar a interponer el recurso de anulación, comoquiera que si el recurrente, a través de alguna de las tres posibilidades, no pone en conocimiento del Tribunal la existencia de una contradicción en la parte resolutive de la decisión, no podrá luego hacer uso del recurso, con dicho propósito. En este sentido, el requisito de procedibilidad se cumple al formular cualquiera de las solicitudes que el ordenamiento procesal permite: pedir que la providencia se corrija, se aclare o se complemente.

Sobre el segundo presupuesto legal para estructurar la causal, es decir, la existencia de contradicciones en la parte resolutive del laudo, ha dicho esta Corporación que:

"De esos elementos concurrentes, se resaltaré el relativo a la 'contradicción u oposición de decisiones' y para ello se harán unas breves anotaciones.

"En primer lugar debe acudir al significado de la palabra 'CONTRADICCIÓN', pues el Código Civil enseña que 'Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de

⁶³ En el art. 36 del Decreto 2279 de 1989, se dispone: "Art. 36. El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil."

las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.' (art. 28).

"Y como la expresión 'CONTRADICCIÓN' no se encuentra definida legalmente se puede recurrir al concepto traído en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española cual es '() la afirmación y negación que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen ()'. Igualmente la citada obra define la expresión "contradictoria", como '() cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser al mismo tiempo como verdaderas ni a un mismo tiempo falsas ()'.

"De otra parte la doctrina, refiriendo al tema, enuncia a título ilustrativo como ejemplos típicos de declaraciones contradictorias las siguientes: el decreto de la resolución del contrato y a su vez de cumplimiento; la orden de reivindicación y el reconocimiento de la prescripción adquisitiva; y el reconocimiento de una obligación y a su vez la de declararla extinguida por pago, entre otros."⁶⁴

Como se observa, este requisito condiciona la procedencia de la causal a que las contradicciones alegadas hagan imposible ejecutar la decisión contenida en el laudo, debido a que su falta de lógica constituye un obstáculo insalvable para concretar los efectos de la cosa juzgada y para aplicar simultáneamente las decisiones antagónicas⁶⁵.

Para arribar a la conclusión anterior, la Sala ha asimilado esta causal con la tercera de casación, prevista en el art. 368 del CPC., que procede "cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago"⁶⁶.

2.3.2. El caso concreto

Para las sociedades concesionarias se advierten las siguientes contradicciones en el laudo:

⁶⁴ Sentencia de 4 de abril de 2002. Exp. 21.328

⁶⁵ Sentencia de 6 de junio de 2002. Exp. 20.634.

⁶⁶ Ver, al respecto: Sentencia del 16 de agosto de 1973. Reiterada en: Sentencia del 18 de agosto de 1998. Exp. C-4851 (S-070-98).

i) Disparidad entre los numeral 3 y 6 de la decisión, porque si bien, en la parte motiva y en la resolutive se desestimó el informe técnico elaborado por Valor Corporativo Banqueros de Inversión Ltda., también en la parte resolutive se declaró probada la excepción segunda propuesta por el IDU -improcedencia del pago del IMG del año 2010, por rentabilidades y utilidades excesivas de los concesionarios-, con fundamento en la prueba *desechada*.

ii) Advierten otra contradicción entre los numerales 4 y 6 de la parte resolutive. El primero rechazó la *excepción primera* propuesta por el IDU –denominada: “obligación de los concesionarios de aportar estados financieros a la entidad contratante”-, porque el Tribunal accedió a las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, relacionadas con los estados financieros; no obstante, en el numeral 6 declaró probada la excepción primera que había desestimado.

iii) Finalmente, entre la parte motiva y la resolutive hay una contradicción porque en aquella se anunció que se inhibirían para pronunciarse sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada; no obstante declararon probadas las excepciones primera y segunda de la contestación. Siendo consecuentes, debieron inhibirse respecto a las excepciones.

Asimismo, aseguró que la excepción primera no se relacionó con las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda, por lo que, a juicio de la convocante, no es lógico la declarado en el numeral 6.

La Sala, para resolver este cargo, recuerda que la contradicción consiste en la imposibilidad de entender y luego de aplicar dos decisiones que se encuentran en la *parte resolutive* del laudo; pero en el caso concreto resulta que es posible aplicar y analizar las decisiones que profirió el Tribunal, porque respecto a la primera cuestión debatida -contradicción entre los numeral 3 y 6- la Sala no advierte contradicción semejante, porque el numeral 3 resolvió:

“Tercero:

“Declarar no probada la excepción por error grave formulada contra el dictamen pericial de la firma **ESTRATEGIAS FINANCIERAS S.A.**, a

cargo del perito CARLOS JOSE ESPINOSA LOPEZ, Igualmente, declarar que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las objeciones presentadas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C. -IDU-** contra las mediciones de vehículos aparcados externamente en la zona de influencia de los parqueaderos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo. Por último, teniendo en cuenta la objeción presentada por su contraparte, desechar las conclusiones del informe pericial de carácter financiero aportado por el mismo **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO DE BOGOTÁ D.C. -IDU-**." –fl. 69, cdno. ppal.-.

Por su parte, la decisión 6 expresó:

Sexto:

"Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada. **Consiguientemente, declarar debidamente probadas, al menos en su efecto dilatorio, las excepciones primera y segunda propuestas por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.**" (El subrayado es de la recurrente) –fl. 70, cdno. ppal.-

Las precisiones conceptuales respecto a este tema se expusieron antes, porque frente al segundo cargo se afirmó que tal contradicción no existió, sin embargo, se reiterarán los argumentos expuestos para darle claridad y certeza a la decisión. En este horizonte, para declarar la *excepción segunda -improcedencia del pago del IMG* por la rentabilidad en las utilidades de los concesionarios-, el Tribunal tuvo en cuenta los experticios practicados y aportados y que les ofreció certeza sobre el beneficio económico que recibieron los concesionarios, sumado a que para llegar a esta conclusión también se valió de los resultados contables de las compañías demandantes.

Por esta razón, no se advierte contradicción entre los numerales 3 y 6 del laudo, porque en el primer numeral decidió: i) no admitir las objeciones por error grave contra el dictamen de la firma Estrategias Financieras SA., ii) no se pronunció sobre las objeciones que presentó el IDU, sobre la medición de vehículos, y iii) "desechó" el dictamen financiero que aportó el IDU.

En cambio, en el numeral 6: i) se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones sexta a décima de la demanda –que negaron el pago del IMG a partir del año 2011-, lo que no se contradice con las decisiones anteriores, porque con fundamento en otras pruebas se desestimaron las pretensiones económicas de los convocantes; y, de otro lado, ii) se

declaró que prosperaban las excepciones primera y segunda, lo que se ajusta perfectamente a lo decidido antes, porque la interpretación congruente y sistemática del fallo le permite a la Sala concluir que la decisión no se sustentó en la prueba pericial desestimada, sino en los demás elementos de convicción. Por esta razón se desestimará la solicitud de anulación.

En relación con la *segunda contradicción* que invoca el recurrente, la Sala tampoco le encuentra vocación de prosperidad, porque el numeral 4 de la parte resolutive establece:

“Cuarto:

“Declarar debidamente probadas las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda reformada y, como consecuencia, que las demandantes solamente están obligadas a presentar los estados financieros debidamente auditados que correspondan a aquellos que les son obligatorios en razón de la ley y de sus mismos estatutos, junto con la información financiera disponible en su momento. Sin embargo, el (sic) seguimientos de estos estados financieros estarán sometidos a las precisiones hechas en la parte motiva del presente laudo.”

De otro lado, el numeral 6 señala:

“Sexto:

“Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada, Consiguientemente, declarar debidamente probadas, al menos en su efecto dilatorio, las excepciones primera y segunda propuestas por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.”

Para comprender el tema, recuérdese que las pretensiones primera, segunda y tercera, solicitaban:

“PRIMERA: DETERMINAR el alcance de la obligación de aportar al Interventor estados financieros de periodo intermedios debidamente certificados, en los términos de la cláusula 25 de los **CONTRATOS DE CONCESIÓN.**

“SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que **LAS CONCESIONES** no están obligadas a entregar al **IDU** y/o al interventor del contrato, estados financieros de períodos intermedios.

“TERCERA: DECLARAR que **LAS CONCESIONES** no están obligadas a entregar al **IDU**, información empresarial no relacionada con las obligaciones y actividades de la etapa actual de ejecución contractual (Operación).”

Por su parte, la *excepción primera* del IDU -denominada “Obligación de los concesionarios de aportar estados financieros a la entidad contratante”- consistió en que a pesar de que tal deber no se pactó en las cláusulas de los contratos, en todo caso el Instituto está sujeto a soportar fiscalizaciones eventuales de los entes de control, por tratarse del pago de dineros públicos –el IMG-.

En este sentido, el Tribunal consideró que en virtud de la responsabilidad de dirección y control que el IDU tiene de los negocios jurídicos que celebra, los concesionarios debían presentar los estados financieros para conocer en tiempo oportuno las cifras y el comportamiento del negocio. No obstante, facultó al IDU para pedirle a los concesionarios otra información, con intervalos razonables, aunque no en cualquier momento, y en todo caso limitada a los aspectos financieros relacionados con la ejecución de los contratos.

Por lo expuesto, es evidente que una y otra decisión son armónicas, que no se excluyen, porque el Tribunal concedió parcialmente los intereses de cada parte: no permitió la vigilancia financiera sin límite, pero tampoco permitió que únicamente se entregara información en intervalos anuales-, sin que ello suponga una contrariedad. En su lugar, el laudo es armónico, y la parte motiva es especialmente expresiva del análisis que se hizo sobre este tópico, donde los árbitros indicaron el alcance adecuado de los derechos y las obligaciones de las partes, en relación con la entrega de información financiera del negocio. De hecho, a la Sala le sorprende que el recurrente insinúe la existencia de una contradicción que de ninguna manera existe, para lo cual basta leer los siguientes apartes del laudo que lo explican –sólo que la parte pretende confundir a la jurisdicción con su manera de leer las decisiones-:

“Por todo lo expuesto, el Tribunal acepta la alegación del IDU, en el sentido de que el contrato faculta a dicha institución para inspeccionar la ejecución de lo pactado, tanto de manera directa como a través de la Interventoría designada. Evidentemente, dicho derecho de vigilancia debe permitir tener acceso a la contabilidad de las Concesiones en todo momento en que lo desee la entidad contratante, sin que dicho acceso se convierta en un seguimiento que dificulte la operación de dichas

Concesiones o le cause molestias que superen lo normal en esta clase de vigilancia.

“Dentro de este orden de ideas, las entidades contratistas deben suministrar a la contratante todos los estados financieros debidamente certificados por su Revisor Fiscal con que cuenten y debe, además, facilitar el acceso a la parte pertinente de sus contabilidades, cuando quiera que una inspección razonable de las mismas sea requerida por el IDU.

“Sin embargo, es también claro, como lo alegó la persona procesal de la parte convocante, que las sociedades concesionarias, de conformidad con las normas vigentes, solamente están obligadas a elaborar estados financieros de fin de período en forma anual, salvo que sus estatutos, lo cual no se estableció en este trámite, contemplen una periodicidad menor.

“Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal dispondrá en la parte resolutive que, si bien las sociedades concesionarias no están obligadas a elaborar estados financieros auditados que correspondan a períodos inferiores a un año, sí están constreñidas a suministrar la información contable con la cual cuenten, sea que dicha información corresponda o no a anualidades calendario completas. Más aún, que si producen estados financieros con periodicidad inferior a un año, sean auditados o no, el IDU tiene derecho a pedirlos en las condiciones en que se produzcan.” –fls. 49 y 50, cdno. ppal.-.

En este orden, quedó muy claro que los concesionarios tienen la obligación de suministrar los estados financieros relacionados con la ejecución del contrato, pero con sujeción a los deberes legales y a las limitaciones impuestas por los estatutos de los convocantes; en otros términos, únicamente está facultado en intervalos razonables, como lo expresó el laudo. Por lo expuesto, la presunta contradicción entre los numerales 4 y 6 de la parte resolutive también adolece de sustento jurídico.

Finalmente, en relación a la *tercera contradicción* expuesta, el recurrente cuestionó el laudo por contener contradicciones entre *la parte motiva* y *la resolutive*, porque en aquella los árbitros señalaron que se inhibirían de pronunciarse respecto de las pretensiones sexta, séptima, novena y décima de la demanda reformada; no obstante en la parte resolutive declararon probadas las excepciones primera y segunda de la contestación de la demanda. En este orden -a juicio del recurrente-, el Tribunal debió inhibirse igualmente frente a los medios exceptivos del IDU.

Es fácil comprender desde ahora que el cargo también se desestimarán, porque lo cuestionado no se adapta al supuesto de hecho de la causal numeral 7, que establece

que la decisión es nula por “Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias...”.

Esta causal es clara y, como se ha reiterado, no admite interpretaciones dilatorias, así que las decisiones contradicciones deben encontrarse, únicamente, en la parte resolutive del fallo, no en la motiva. En otros términos, la convocante no puede alegar disparidad entre la parte considerativa y la decisoria, porque escapa a este medio de impugnación, así que ni siquiera se estudiará la posibilidad que plantea el recurrente, porque es inadmisibles hacerlo a través de este recurso; lectura que además cuestiona nuevamente la calidad de la impugnación presentada.

En razón a lo señalado, la causal será desestimada.

2.4. Cuarto Cargo: Causal No. 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998:
"Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido."

2.4.1. Generalidades sobre la causal

Esta causal protege la simetría que debe existir entre lo que las partes solicitan al juez y lo que éste decide, de manera que preserva el principio de la congruencia, previsto en el art. 305 del C. de P. Civil⁶⁷, constituyendo un límite a la actividad judicial.

La causal se concreta en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería *extra* o *ultra petita*. Sobre el tema, la jurisprudencia ha expresado:

⁶⁷ Artículo 305 “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).⁶⁸

En igual sentido, esta Sección, en sentencia de junio 8 de 2006, expuso los aspectos que estructuran la presente causal. En esa oportunidad señaló:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

“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, entonces, 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, por lo que 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

⁶⁸ Sección Tercera. Sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20.356.

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 armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en in consonante o incongruente.”⁶⁹

De esta forma, la causal establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles.

Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo el Consejo de Estado realiza un examen de la demanda y de la contestación, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión *extra* o *ultra petita*, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia. En este sentido, también se ha dicho que:

“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, entonces, 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, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: 1. 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. 2. 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. 3. El laudo recayó

⁶⁹ Expediente 32.398.

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 armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”⁷⁰

⁷⁰ Sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 32.398. También se ha sostenido al respecto –Sección Tercera, sentencia de 21 de marzo de 2007, exp. 32.841- que “Esta causal es idéntica a la contenida en el artículo 72, num. 4, de la ley 80 de 1993, y, al igual que la anterior, recoge dos supuestos perfectamente diferenciados. El recurrente se apoya en la primera parte de la norma, es decir, en el aspecto relativo a ‘haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros’.

“Sobre dicha causal la Sala entiende que el problema que allí se plantea no es otro que el de la congruencia del laudo, que se verifica con la comparación entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutive del laudo. De tal manera que, en las decisiones *ultra petita* se enmarca este tipo de situaciones.

“Esta causal guarda consonancia con el artículo 305 del CPC, que establece que ‘No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...’. Por tanto, el juez del recurso de anulación debe verificar si la parte resolutive de la decisión concedió más de lo pedido, para que pueda prosperar el recurso.

“Sobre esta causal la Sala ha dicho, en sentencia del 10 de agosto de 2001 –Rad. 11001-03-26-000-1998-5286-01(15.286) -, que:

“Las dos causales que sustentó el recurrente buscan garantizar el principio de congruencia de las providencias judiciales. Por tanto su prosperidad pende de acreditar que mediante el laudo se contrarió ese principio.

“El principio de congruencia del laudo garantiza la correspondencia entre lo pedido y lo decidido por el Tribunal de arbitramento; que la decisión proferida por el Tribunal se ajuste a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes de manera expresa señalan los límites dentro de los cuales los árbitros pueden actuar validamente. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

“Ha señalado la jurisprudencia que la incongruencia de las providencias judiciales, para efectos del recurso extraordinario de anulación, tiene ocurrencia cuando se presenta alguna de las siguientes hipótesis:

“- Cuando el laudo decide más allá de lo pedido, *ultra petita*.

“- Cuando en el laudo se decide sobre puntos no sometidos a litigio, *extra petita*.

“- Cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre las excepciones propuestas por el demandado, *citra petita*.

(...)

“La congruencia de las providencias judiciales se busca entonces mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, inconsonancia que sólo se da en presencia de una cualquiera de las hipótesis ya referidas que reflejen la carencia de la debida armonía entre las pretensiones y oposiciones y la decisión arbitral.

“Conforme a lo expuesto se deduce que la procedibilidad de las citadas causales que invocó el recurrente, pende de que se acredite la incongruencia del laudo arbitral; en otras palabras las causales invocadas se constituyen mediante la prueba de que: el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, no decidió asuntos sujetos a su conocimiento, o concedió más de lo pedido.”

En este orden de ideas, sólo cuando el laudo no está en consonancia con los hechos, las pretensiones o las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, se configura la causal, y debe anularse.

2.4.2. El caso concreto

El recurrente cuestiona que el Tribunal de arbitramento declaró el desequilibrio económico del contrato en contra del IDU, y que negó las pretensiones de la demanda; sin embargo la entidad no propuso esta excepción, ni presentó demanda de reconvención pidiendo que se declarara. Sumado a esto, si los árbitros tuvieran competencia para decidir sobre la ruptura de la ecuación financiera de los contratos, tampoco se aportó prueba que demostrara tal circunstancia.

Esta inconformidad tampoco tiene vocación de prosperidad porque, entre otras cosas, en la parte resolutive del laudo no se declaró la ocurrencia de un desequilibrio financiero; únicamente se dispuso que no había derecho al pago del IMG por parte del IDU, con fundamento en una pretensión que propuso la misma recurrente. En efecto, en el numeral 5 del fallo los árbitros determinaron:

“Quinto:

“Declarar que no hay lugar, al menos en este estado de la ejecución contractual, al pago de nuevas anualidades del Ingreso Mínimo Garantizado, en razón de lo previsto en el literal a, numeral 2º de los contratos de concesión suscritos entre las partes en este trámite arbitral y, por consiguiente, rechazar en las condiciones presentes, según lo establecido en la parte motiva de este laudo, la pretensión declarativa quinta y las pretensiones de condena primera, segunda y tercera de la demanda reformada.

Esta decisión se tomó con fundamentó en una pretensión de la misma demandante, y aunque en la parte motiva los árbitros aludieron a un desequilibrio prestacional, lo cierto es que lo hicieron para fundamentar la negativa del pago del IMG. En efecto, el Tribunal expresó:

“En el caso que ocupa la atención del Tribunal, es claro con apoyo en los experticios incorporados al expediente y en los resultados contables de las compañías demandantes, que sus beneficios contractuales han superado

en mucho las rentabilidades propias de toda suerte de negocios lícitos. Por este camino, la prolongación del pago del IMG a cargo del IDU acrecentaría, al menos en las condiciones actuales, el desequilibrio en las respectivas relaciones jurídicas, debiendo el fallador corregir esta situación.” –fl. 56, cdno. ppal.-.

Esta decisión, y el argumento que la soporta, nada tiene que ver con la declaración de desequilibrio económico del contrato, referido por la convocante, porque lo dispuesto fue negar el pago del IMG a favor de la convocante, por considerar que la rentabilidad del negocio superó con creces las ganancias de toda suerte de “negocios lícitos”.

En razón a lo expuesto, también es evidente que esta causal tampoco prosperará, pues como sucedió frente a la anterior, es palpable la flaqueza de los argumentos, porque no es difícil entender que los árbitros decidieron sobre aspectos sujetos a su competencia.

2.5. Quinto Cargo: Causal No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”

Para el recurrente, el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de pronunciarse sobre algunas pretensiones de la demanda: i) En particular, no decidió sobre las *pretensiones quinta declarativa, y la primera, segunda y tercera de condena*, aun cuando estaba obligado a hacerlo; y ii) omitió analizar y resolver la excepción de pleito pendiente que propuso el IDU.

2.5.1. Generalidades sobre la causal

Antes de estudiar el caso concreto, la Sala recordará lo manifestado en otras ocasiones en torno al alcance de esta causal, en el sentido de que parte de una hipótesis bastante simple, como es que el Tribunal de arbitramento haya omitido o dejado de decidir un asunto, planteado en la demanda o en su contestación⁷¹.

Se ha indicado que esta causal tiene su razón de ser en el artículo 304 del CPC., según el cual, las sentencias deben “... contener decisión expresa y clara sobre cada una de

⁷¹ Ver al respecto, providencia de 5 de julio de 2006. Rad. 31.887. Textualmente señaló la Sala en esa providencia: “Esta causal también está contemplada en el art. 72, num. 5, de la ley 80 de 1993 y parte de una hipótesis bastante simple. Consiste en que el Tribunal ha dejado de decidir un asunto, planteado en la demanda o en su contestación.”

las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código.”

La Sala, en sentencia de 23 de agosto de 2001 -Exp. 19.090-, dijo sobre esta causal que:

“Advierte que, como lo manifestó el Procurador Delegado, para que se configure la causal en estudio es supuesto necesario de procedibilidad que el laudo hubiese omitido, sin ninguna consideración, pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento en la demanda, en su contestación o los que hubiese surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestación.

La causal no está referida, en términos del legislador, a que el fallo arbitral esté: o escasamente motivado, o no tenga armonía con el ordenamiento jurídico o con las pruebas incorporadas al proceso; esto por cuanto como se apuntó al inicio de esta providencia el recurso de anulación contra laudos arbitrales no se constituye en una nueva instancia, en la cual el Consejo de Estado pueda entrar a revisar en su integridad el laudo arbitral.

Por consiguiente la comparación que pretende el recurrente en anulación, entre las pretensiones que formuló en su demanda de mutua petición y lo resuelto en el laudo arbitral –antes transcrito para concluir omisión del Tribunal de Arbitramento, no es cierta. Una cosa es omitir decisión sobre puntos sobre los cuales debió decidir y otra, muy distinta, es haber negado esas súplicas procesales.

En efecto, sobre el punto, cabe destacar que el recurrente al invocar la causal, y en sus propios términos, se refirió al estudio del Tribunal de Arbitramento frente a cada una de sus peticiones; criticó los argumentos esgrimidos en el laudo, de denegatoria de sus peticiones procesales.

Por lo tanto ante tal situación de hecho y de derecho, la Sala reitera que no es dable aceptar que por la vía del recurso de anulación se pretenda modificar una declaración judicial de los árbitros, porque la causal de anulación, en comento, no está referida a la revisión de la decisión por parte del Juzgador, sino que está prevista por el legislador, expresamente, para cuando el laudo no decidió "*sobre cuestiones sujetas al arbitramento*".

2.5.2. El caso concreto

Recuérdese que la recurrente considera que el tribunal no decidió: i) las *pretensiones quinta declarativa, y la primera, segunda y tercera de condena*; y ii) omitió analizar y

resolver la excepción de *pleito pendiente*; defectos que rechaza la convocada y el Ministerio Público.

Frente al primer argumento, para desestimarlos categóricamente, la Sala simplemente transcribirá la decisión quinta del laudo, que decidió directa y claramente las *pretensiones quinta declarativa, y la primera, segunda y tercera de condena*; de ahí que no se comprende la razonabilidad de la impugnación pues el rechazo de todas no admite duda ni justifica su incomprensión:

“Quinto:

“Declarar que no hay lugar, al menos en este estado de la ejecución contractual, al pago de nuevas anualidades del Ingreso Mínimo Garantizado, en razón de lo previsto en el literal a, numeral 2° de los contratos de concesión suscritos entre las partes en este trámite arbitral y, por consiguiente, **rechazar** en las condiciones presentes, según lo establecido en la parte motiva de este laudo, **la pretensión declarativa quinta y las pretensiones de condena primera, segunda y tercera** de la demanda reformada.

Frente al segundo argumento, también para desestimarlos categóricamente, la Sala precisa que en la parte considerativa del laudo se dedicó parte del análisis sobre la competencia a estudiar la excepción de pleito pendiente que propuso el IDU.

Concluyó que el hecho de que ante el Juzgado 38 Administrativo se estuviera discutiendo, a través de una acción popular, el posible detrimento al patrimonio del IDU, con ocasión de lo pactado en la cláusula 10 de los contratos de concesión, y en particular en el literal b), no impide que el tribunal de arbitramento tenga competencia para conocer de algunos conflictos derivados de esa estipulación, porque el juez de la acción popular suspendió el literal b), pero mantuvo la vigencia del resto de la cláusula 10, así que sobre lo demás es posible debatir en la justicia arbitral los conflictos que surjan:

“Por último, alega la parte convocada que lo relativo al pago del Ingreso Mínimo Garantizado, en adelante IMG, es cuestión confiada a la competencia del Juez 30 Administrativo del Circuito de Bogotá, quien procedió a la suspensión provisional y parcial de dicha cláusula, en virtud de una acción popular entablada por la Contraloría Distrital. En todo caso, consta en el expediente que esta medida provisional, que según la demandada impide a este Tribunal pronunciarse sobre los alcances de la misma mientras el mencionado Juzgado no resuelva de una manera

definitiva, no meramente provisional, la legalidad o no de la mencionada estipulación, cobija no toda la cláusula 10ª de los contratos celebrados, sino únicamente el literal 'b', de la cláusula 10.2 de la mencionada cláusula, quedando por consiguiente en vigencia el resto de dicha estipulación. Por lo demás, dependiendo de la decisión que en definitiva se tome sobre este asunto, las partes podrán debatir nuevamente las cuestiones relacionadas con el literal suspendido de manera provisional como medida precautelativa.

“no se trata, entonces, de que el Tribunal esté impedido para conocer todas las cuestiones que se le proponen sobre la cláusula 10.2 de los contratos celebrados, sino de que en su pronunciamiento deberá tener en cuenta la suspensión provisional decretada.

“En todo caso, más adelante el Tribunal determinará si está o no en condiciones de hacer cualquier pronunciamiento sobre asuntos contemplados en la citada cláusula y si la parte no suspendida de ella incide o no en sus decisiones.” –fls. 38 a 39, cdno. ppal.-.

Esta conclusión se reflejó en las decisiones séptima y octava del laudo, que accedieron a las pretensiones octava y décima primera de la demanda, pero con una condición el tribunal lo sujetó a que se levantara la suspensión del literal b) de la cláusula 10 de los contratos de concesión, declarada por el juzgado administrativo. En estos términos, la excepción se concedió parcialmente, porque produce efectos en lo relacionado con el literal b); y no con el resto de la cláusula décima.

“Séptimo:

“Declarar, por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo, que prospera la pretensión octava de la reforma de la demanda. En esa medida, **sujeto a que el Juzgado 38 Administrativo levante la orden de suspensión que pesa sobre el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión**, el interventor, una vez reciba la solicitud del concesionario para la realización del inventario de que trata la citada disposición contractual, contará con un plazo de veinte (20) días calendario para ejecutar las gestiones administrativas a fin de contratar o llevar a cabo (según corresponda) la labor requerida. Así mismo, la solicitud para realizar el citado inventario de vehículos, podrá efectuarse, a instancias del concesionario, máximo dos (2) veces al año.

“Octavo:

“Declarar, por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo, que prospera la pretensión décima primera de la reforma a la demanda. En esa medida, **sujeto a que el Juzgado 38 Administrativo levante la orden de suspensión que pesa sobre el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión**, la metodología y plazos previstos en el literal a) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión para el

pago del el (sic) Ingreso Mínimo Garantizado, se deberán aplicar igualmente cuando contractualmente y según lo previsto en este laudo corresponda pagar al concesionario el Ingreso Mínimo Garantizado, en caso de presentarse alguno de los supuestos contemplados en el literal b) de la cláusula 10.2 de los contratos de concesión.

Por las razones expuestas, la casual novena de anulación tampoco prosperará.

3. Costas

En los términos del art. 165 del Decreto 1818 de 1998, la Sala condenará a pagar solidariamente las costas de este proceso a las sociedades recurrentes porque prosperó el recurso.

La Sala tasa esta suma en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no encuentra probados otros pagos –como impuestos, pago de auxiliares de la justicia, u otros gastos judiciales-. Por tanto, en términos del Acuerdo No. 1887 de 2003⁷², y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, las sociedades recurrentes pagarán solidariamente a favor del IDU la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

FALLA

Primero: Declárase infundado el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 20 de noviembre de 2012, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre las sociedades: Concesión Parqueadero Calle 77 S.A., Concesión Parqueadero Calle 85 S.A., Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. y Concesión Parqueadero Calle 97 S.A. contra el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-.

⁷² El artículo segundo define las agencias en derecho como: “Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.”

Segundo: Condénase solidariamente en costas a la las sociedades: Concesión Parqueadero Calle 77 S.A., Concesión Parqueadero Calle 85 S.A., Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. y Concesión Parqueadero Calle 97 S.A., a pagar a favor del IDU la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de las costas del proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ