



000272

109

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCION "C"

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, DC., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

IMPUGNANTE: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU -  
RECURSO: Anulación

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -, contra el laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias presentadas entre (i) Carlos Solarte Solarte, (ii) Luis H. Solarte Solarte, (iii) CSS Constructores S.A., (iv) CASS Constructores & Cía. S.C.A., y (v) Constructora LHS S.A.S., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá -en adelante la convocante- y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU - en adelante la convocada-, con ocasión del Contrato No. 135 de 2007, suscrito entre las partes el 28 de diciembre de 2007.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La cláusula compromisoria

Tuvo su origen en el pacto arbitral acordado bajo la modalidad de cláusula compromisoria, consignada en la cláusula 21.3 del Contrato de obra antes relacionado, y cuyo objeto es la "ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliecer Gaitán) y la carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento en la ciudad de Bogotá D.C. de los tramos del grupo 2 comprendido entre calle 30 A sur y calle 3, en Bogotá D.C y el tramo 3 comprendido entre la calle 3 y calle 7 incluye ramal calle 6 entre carrera 10 y troncal Caracas, avenida comuneros entre carrera 10 y carrera 9 con calle 4 y estación intermedia de la calle 6, en Bogotá D.C comprendidos en el grupo dos (2) de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007, de acuerdo con el límite de intervención, las especificaciones generales y particulares contenidas en todos los apéndices que hacen parte integral de este contrato...".



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

**“CLÁUSULA 21. SOLUCION DE CONTROVERSIAS.-**

“(…)”

**21.3. Arbitramento.**

*D "Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por tres (3) árbitros, designados de común acuerdo.*

*"En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el Domicilio será la ciudad de Bogotá.<sup>1</sup>*

**2. La demanda arbitral.**

La convocante solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria a un tribunal de arbitramento. Formularon las siguientes pretensiones principales y subsidiarias:<sup>2</sup>

**82 "I. PRETENSIONES.**

**83 PRETENSÓN PRIMERA PRINCIPAL.** - Que se declare el incumplimiento por parte del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU - del Contrato de Obra No. 135 del 27 de diciembre de 2007, celebrado entre este Instituto y el Consorcio Metrovías Bogotá integrado por Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luís Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A. y Constructora LHS S.A., cuyo objeto, de conformidad con su cláusula primera, consistió en la ejecución **"DE LA TOTALIDAD DE LA OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITAN) Y LA CARRERA 10 (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, DE LOS TRAMOS DEL GRUPO 2 COMPRENDIDO ENTRE CALLE 30 A SUR Y CALLE 3, EN BOGOTÁ D.C. Y EL TRAMO 2 COMPRENDIDO ENTRE CALLE 3 Y CALLE 7, INCLUYE RAMAL CALLE 6 ENTRE CARRERA 10 Y TRONCAL CARACAS, AVENIDA COMUNEROS**

<sup>1</sup> Folios 140 c. principal No 1 y 46 c. pruebas No 1.  
<sup>2</sup> Folios. 1 a 98. C. No. 1.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

000273

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

*ENTRE CARRERA 10 Y CARRERA 9 CON CALLE 4 Y ESTACIÓN INTERMEDIA DE LA CALLE 6, EN BOGOTÁ D.C."*

**84 PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL:** Que se declare en relación con el Contrato de obra No. 135 celebrado el 28 de diciembre de 2007 por el Instituto de Desarrollo - IDU con el Consorcio Metrovías Bogotá, integrado por Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luis Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A. y Constructora LHS S.A., la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del Contrato de Obra No. 135 de 2007 en contra del Consorcio Contratista.

**85 PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL.-** Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU al reconocimiento y pago al Consorcio Metrovías, integrado por Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luis Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A. y Constructora LHS S.A., según lo probado en este proceso, de los siguientes conceptos:

- 1.- El BALANCE ECONÓMICO DEL CONTRATO, en los términos pactados en el Otro Sí No 2 del Contrato de Obra pública 135 de 2007, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y el Consorcio Metrovías Bogotá.
- 2.- La totalidad del valor correspondiente a las obras complementarias, incluidas en el balance económico del contrato, según lo pactado en el Otro Sí No. 2 del Contrato de Obra pública 135 de 2007, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y el Consorcio Metrovías Bogotá.
- 3.- La totalidad del valor correspondiente a los saldos facturados de las obras del global de construcción con sus respectivos ajustes, ejecutadas por el Consorcio Metrovías Bogotá, y aprobadas por la Interventoría, a favor del Consorcio Contratista.
- 4.- La totalidad del valor correspondiente a los saldos facturados de las obras que se pagan por precios unitarios, con sus respectivos ajustes, ejecutadas por el Consorcio Metrovías Bogotá, y aprobadas por la Interventoría, a favor del Consorcio Contratista.
- 5.- La mayor permanencia en obra, como consecuencia de las obras complementarias ejecutadas por el Consorcio Contratista como resultado de la Actualización de los estudios y diseños del



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

Contrato de Obra 135 de 2007, incluidas en el balance económico del contrato, según su pacto en el Orosí No. 2 del Contrato de Obra No. 135 de 2007.

6.- Los sobrecostos y perjuicios de todo orden causados al Consorcio Metrovías Bogotá, por el incumplimiento del Contrato 135 de 2007, según se acredite en este proceso.

**86 PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.** - Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa prevista en la cláusula 22 del Contrato de Obra No. 135 del 28 de diciembre de 2007 sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, según lo probado en este proceso, a favor de Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luis Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A., y Constructora LHS S.A., miembros del Consorcio Metrovías Bogotá, Consorcio Contratista en el Contrato de Obra No. 135 de 2007.

**87 PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.** - En subsidio de la pretensión TERCERA PRINCIPAL, solicito que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo por su incumplimiento contractual, a favor de Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luis Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A., y Constructora LHS S.A., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, contratista en el Contrato de Obra No. 135 del 28 de diciembre de 2007. (Artículo 884, Código de Comercio).

**88 PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.** - En subsidio de la pretensión TERCERA PRINCIPAL y de la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL, solicito que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época del incumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8), a favor de Carlos Solarte Solarte, CSS Constructores S.A., Luis Héctor Solarte Solarte, CASS Constructores y Cía. en C.S.A., y Constructora LHS S.A., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, contratista en el Contrato de Obra No. 135 del 28 de diciembre de 2007.



000274

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

**89 PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL.-** Que se ordene al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**90 PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL.-** Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU al pago de las costas del juicio y las agencias en

### 3. Laudo arbitral

El Tribunal de Arbitramento profirió laudo el 18 de septiembre de 2013, en el que se adoptaron las siguientes decisiones<sup>3</sup>:

**“Primero.-** Declarar infundada la objeción por error grave formulada por la parte Convocada al dictamen pericial. En consecuencia, se ordena entregar al perito los honorarios fijados. —

**Segundo.-** Declarar debidamente constituido el contradictorio. En consecuencia, no hay lugar a conformar un litisconsorcio necesario en la parte pasiva, ni a proferir un fallo inhibitorio.

**Tercero.** Declarar que no prosperan las Excepciones propuestas por la parte Convocada.

**Cuarto.-** Declarar la existencia de Obras Complementarias en los ítems “Vías y Pavimentos”, “Intercambiador de la Calle 6ª”, “Estructura de la Estación Intermedia” y “Estaciones Sencillas” que afectaron el Balance Económico del Contrato, que no fueron reconocidas ni pagadas por la parte Convocada a la parte Convocante.

**Quinto.-** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, a pagar a los señores Carlos Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte y a las sociedades CSS Constructores S.A; Cass Constructores y Cía. S.C.A. y, Constructora LHS S.A.S, parte Convocante, integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, la suma de diez mil trescientos sesenta y tres millones quinientos noventa y tres mil ochocientos setenta y seis pesos m/cte (\$10.363.593.876), de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva de este Laudo Arbitral. En consecuencia, prosperan las Pretensiones Primera y Segunda Principales, esta última en lo que corresponde a las

<sup>3</sup> Folios 16 a 196 C. ppai.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

solicitudes de sus cardinales 1 y 2 y la Pretensión Tercera Principal, en la forma establecida en las consideraciones del presente Laudo.

**Sexto.-** Declarar la existencia de saldos facturados de las obras del Global de Construcción, en los términos indicados en la parte motiva, que no han sido pagados por la parte Convocada a la parte Convocante.

**Séptimo.-** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, a pagar a los señores Carlos Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte y a las sociedades CSS Constructores S.A; Cass Constructores y Cía. S.C.A. y, Constructora LHS S.A.S, parte Convocante, integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, la suma de cuatro mil setecientos setenta y siete millones siete mil setecientos noventa y ocho pesos m/cte (\$4.777.007,798), de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo Arbitral. Prosperan las Pretensiones Primera y Segunda Principales, esta última en lo que corresponde a las solicitudes de sus cardinales 3 y 6. Igualmente, prospera la Pretensión Tercera Principal.

**Octavo.-** Declarar la existencia de los saldos facturados y no pagados por la parte Convocada a la parte Convocante, en los términos señalados en la parte motiva, relativos a obras contratadas por precios unitarios.

**Noveno.** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, a pagar a los señores Carlos Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte y a las sociedades CSS Constructores S.A; Cass Constructores y Cía. S.C.A. y, Constructora LHS S.A.S, parte Convocante, integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, la suma de cinco mil seiscientos dieciocho millones treinta y cuatro mil setenta y ocho pesos m/cte (\$5.618.034.078), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo Arbitral. En consecuencia, prosperan las Pretensiones Primera y Segunda Principales, esta última en lo que corresponde al cardinal 4 y la Pretensión Tercera Principal, todo en la forma establecida en las consideraciones del presente Laudo.

**Décimo.** Negar la Pretensión Segunda Principal, Número 5, relativa a la reclamación por mayor permanencia, de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

**Décimo Primero.** Condenar a la parte Convocada, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, al pago de las costas causadas en el presente arbitramento, sin incluir



000275

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

**Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-**

agencias en derecho, de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo Arbitral.

**Décimo Segundo.-** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, a pagar a los señores Carlos Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte y a las sociedades CSS Constructores S.A; Cass Constructores y Cía. S.C.A. y, Constructora LHS S.A.S, parte Convocante, integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá, la suma de dos mil cuatrocientos sesenta millones novecientos setenta y siete mil trescientos pesos m/cte (\$2.460.977.300), de acuerdo con la las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo Arbitral. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de reembolso a cargo del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU por las expensas abonadas en su nombre por la parte Convocante, suma respecto de la cual dicha parte cuenta con el correspondiente título ejecutivo. Por consiguiente, el saldo de la partida de gastos se reintegrará totalmente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU.

**Décimo Tercero.-** Las condenas dinerarias impuestas en los ordinales anteriores, se pagarán por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, IDU, a la parte Convocante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Décimo Cuarto.** Negar las demás Pretensiones de la Demanda.

**Décimo Quinto.-** Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaría. El Presidente hará los pagos respectivos.

**Décimo Sexto.-** Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, y copias simples para el Ministerio Público y para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3.1. En escrito presentado el 25 de septiembre de 2013,<sup>4</sup> la entidad convocada solicitó complementación y aclaración de algunos puntos del laudo; petición que fue resuelta por el tribunal de arbitramento en la audiencia<sup>5</sup> celebrada el 2 de octubre de 2013, donde se rechaza la petición relacionada con las complementaciones y aclaración del Laudo arbitral proferido el 18 de septiembre de 2013.

<sup>4</sup> Folios 197 y 198. C. principal.

<sup>5</sup> Folios 201 a 204, ib.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

#### 4.- La impugnación

La convocada, Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -, formuló el 9 de octubre de 2013 recurso de anulación contra el laudo arbitral,<sup>6</sup> invocando las causal 6ª y 8ª del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: "6.- *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*", y "8.- *Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*".

Argumentos que serán analizados una vez se estudie cada causal.

## II. CONSIDERACIONES

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

### 1. COMPETENCIA

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, originados en contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA<sup>7</sup> y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007<sup>8</sup>.

Además, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto no solo surgido con ocasión de un contrato estatal contenido en el contrato de obra n.º 135 de 2007 suscrito el 28 de diciembre entre (i) Carlos Solarte Solarte, (ii) Luis H. Solarte Solarte, (iii)

<sup>6</sup> Folia 206, lb.

<sup>7</sup>ARTÍCULO 128 C.C.A. Subrogada por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

<sup>8</sup>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".

<sup>9</sup> ARTÍCULO 22. Ley 1150 de 2007. DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así: "Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentada 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 complemente.

"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". (Negritas fuera de texto).



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

000276

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

CSS Constructores S.A., (iv) CASS Constructores & Cía. S.C.A., y (v) Constructora LHS S.A.S., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá -en adelante la convocante- y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU<sup>9</sup> -, por lo que esta Corporación resulta competente para conocer la impugnación del laudo arbitral que se somete a su consideración, toda vez que el legislador asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las "entidades públicas"<sup>10</sup>.

## 2. El Recurso de anulación, su naturaleza y características.

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

- a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
- b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.
- c) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.
- d) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al

<sup>9</sup> Acuerdo n° 19 de octubre 6 de 1972, expedido por el Consejo del Distrito Especial de Bogotá, "por el cual se crea y reglamenta el funcionamiento del Instituto de Desarrollo Urbano. Artículo 1°.- Créase el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su domicilio será la ciudad de Bogotá". Entidad descentralizada del orden Distrital con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creada mediante Acuerdo n° 19 de 1972.

<sup>10</sup> Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así: "Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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 (...)". (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

**Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -**

conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.

e) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra<sup>11</sup>; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.<sup>12</sup>

f) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994<sup>13</sup>.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024.



000277

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovias Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto<sup>14</sup>, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la administración pública.

### 3. RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

El laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013 no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos y en la sustentación formulada por el recurrente.<sup>15</sup>

**3.1 Primera causal: "Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo" (Causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

#### 3.1.1. Sustentación del recurrente

Según el recurrente esta causal se configura pues, a su juicio *"fue una falencia grave de la parte Convocante no haber citado a la empresa Transmilenio S.A., en la demanda, también es una falencia grave del Tribunal de Arbitramento, fallar sin observar las normas pertinentes sobre la integración del litisconsorcio necesario, a las cuales está obligado, ya que el fallo debió ser en derecho y no en conciencia. ... 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 documental obrante en el proceso, se tiene que el Tribunal no tuvo en cuenta las cláusulas contractuales del contrato 135 de 2007, para resolver la controversia puesta a su conocimiento, pues todas ellas llevan a una conclusión distinta a la adoptada por el Tribunal de Arbitramento. No era deber del IDU subsanar la falencia cometida por la parte Convocante al presentar su demanda. La carga de interponer la demanda con el cumplimiento de los requisitos legales, le corresponde al demandante y el Tribunal de Arbitramento, pese a ser advertido que debía integrar el litisconsorcio necesario llamando a Transmilenio S.A., por haber suscrito el contrato 135 de 2007 y ser parte del mismo, omitió ese deber legal. Lo anterior, constituye un fallo en conciencia"*.

<sup>14</sup> Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

<sup>15</sup> Folios 206, 218 a 248. C.ppal.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

### 3.1.2. Posición de la entidad convocante

La parte convocante solicita desestimar este cargo diciendo<sup>16</sup> "...que fueron excepciones propuestas por el IDU dentro del trámite arbitral las siguientes: ...De las excepciones propuestas se debe destacar que la relativa a "la ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento de requisitos de procedibilidad de la acción", se centró en argumentar lo siguiente:

"Así las cosas, se observa claramente que el contratista no cumplió con lo establecido contractualmente para proceder a convocar el Tribunal de Arbitramento dispuesto en la cláusula 21.3 del Contrato 135 de 2007; por el contrario se tiene que el contratista so pretexto de salvaguardar sus intereses omitió convocar y agotar la etapa de arreglo directo así como el sometimiento pericial de los aspectos técnicos de que trata la cláusula 21.1 descrita sub-litem a la cual se encuentra sometido dentro del contrato."

Así, debe destacarse que el IDU de ninguna manera durante el trámite arbitral advirtió la necesidad de que se vinculara a Transmilenio como sorpresivamente lo vino a manifestar en los alegatos de conclusión, y aun en la primera audiencia de trámite realizada el 30 de julio de 2012 tampoco hizo manifestación alguna respecto a su opinión sobre la participación de Transmilenio, siendo absolutamente pacífico para todas las partes y los árbitros que Transmilenio S.A., era una mera fuente de recursos del contrato pero que de ninguna manera hacía parte del mismo.

Tan evidente fue para las partes que Transmilenio no debía ser parte del Tribunal de Arbitramento que en efecto el Convenio Interadministrativo No 20 del 2001 el cual se cita en el encabezado del contrato no hizo parte del acervo probatorio del proceso arbitral en mención y así lo reconoció el apoderado del IDU quién en la audiencia de Alegatos de Conclusión, por primera vez dentro del proceso, tarjo a colación dicho documento para alegar en un acto sin precedente de desfealdad procesal la nulidad del proceso.

"(...)

Por lo anterior es claro que Transmilenio S.A., no ostenta y nunca ostentó la calidad de litisconsorte necesario dentro del trámite arbitral convocado...y por ende no hay lugar a que prospere la causal invocada por el apoderado del IDU para alegar la nulidad del laudo arbitral.

"(...)"

<sup>16</sup> Folios 250 a 253, lb.



Rád. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

000278

### 3.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, luego de estudiar los presupuestos para que se estructuró la causal de anulación alegada a la luz de la Jurisprudencia de esta Corporación, señaló que de la lectura del laudo arbitral recurrido se debe concluir que no puede calificarse como emitido en conciencia, pues se advierte que se fundamentó en el ordenamiento jurídico y en los medios de prueba, que la decisión fue motivada y se expusieron las razones de las consideraciones, sin que se evidencien valoraciones caprichosas o en equidad. Contrario a las afirmaciones del recurrente el laudo si valoró las pruebas como se evidencia de la lectura del mismo, de ahí que no puede sostenerse que el laudo fue en conciencia porque se hubiera omitido la apreciación obligada de los elementos de prueba. Adicionalmente se advierte que los árbitros fueron prolijos en el análisis sobre la calidad o no de parte de Transmilenio en el contrato 135/07 y la inexistencia de un litisconsorcio necesario, para lo cual acudieron no solo al ordenamiento positivo vigente, sino a la doctrina nacional y extranjera y a las jurisprudencias de las corporaciones de cierre, con lo cual resulta evidente que el laudo fue en derecho.

### 3.1.4. Análisis de la Sala

La causal alegada no prosperará, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos formulado por el recurrente y de la sustentación presentada en el término previsto por la ley<sup>17</sup>, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a la causal 6ª de anulación

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

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

<sup>17</sup> Escrito 22 de febrero de 2013. Fls. 489 a 568.C.ppal. del recurso.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

En efecto: el Consejo de Estado en sentencia del 9 de agosto de 2001, refiriéndose al tema materia de estudio lo siguiente: "Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada"<sup>18</sup>.

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

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

"Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido "en conciencia debiendo ser en derecho"<sup>19</sup>.

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

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

*"1. Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,<sup>20</sup> persigue fundamentalmente la protección de la garantía*

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

<sup>19</sup> Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

<sup>20</sup> Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809);



000279

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

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

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

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

"(...)"

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

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

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

Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11532); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1° de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente 25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 18 de 2009 (Expediente 34525).



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovias Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

4.1. En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento<sup>21</sup> para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”<sup>22</sup> Hoy la ley<sup>23</sup> define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

“(…)”

4.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.<sup>24</sup>

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>25</sup> o de las normas jurídicas,<sup>26</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>27</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>28</sup>

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

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

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

Esta garantía 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.”<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Ley 105 de 1931, artículo 1216; Ley 2ª de 1938, artículo 6; Decreto 410 de 1971, artículo 2012; Decreto 2279 de 1989, artículo 1º; Ley 23 de 1991, artículo 96

<sup>22</sup> Constitución Política, artículo 116; Ley 270 de 1996, artículo 13; Ley 446 de 1998, artículo 111; Decreto 1818 de 1998, artículo 115; y Ley 1285 de 2009, artículo 3º.

<sup>23</sup> Ley 446 de 1998, artículo 111.

<sup>24</sup> Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

<sup>25</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

<sup>26</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

<sup>27</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

<sup>28</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15823 y 18411).

<sup>29</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.



000280

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportunas 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 habilitan<sup>30</sup> para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.<sup>31</sup>

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

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

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

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

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

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

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

<sup>30</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>31</sup> Numeral 1° del artículo 38 del C. P. C.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

4.4. Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: a) El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

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

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

De otra parte, la Jurisprudencia de la Sección también ha precisado que la decisión errada o equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en estudio no puede justificar por parte del juez del recurso- la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento.<sup>32</sup> También ha dicho que para que se estructure un laudo o fallo en conciencia, es requisito indispensable que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia.

Igualmente, la Sala ha sostenido que con base en esta causal no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso o, lo que es igual, no es laudo en conciencia el que tiene una valoración de las pruebas que no comparte el juez del recurso<sup>33</sup>. Es indudable, que entrar a revisar la valoración que de las pruebas hacen los árbitros, sería hacer un juicio *juris in judicando* tal como lo ha reiterado la Sala en infinidad de veces.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191).

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, 27 de julio de 2000, exp. 17.591; 14 de junio de 2001, exp. 19.334 y 26287 de 24 de mayo de 2004.



000281

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovias Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

De ahí que, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal para que se estructure de existir la falta de sustento en la normatividad jurídica, y en su defecto, trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros; siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo. A contrario sensu, cuando el operado jurídico llega al convencimiento basado en las reglas jurídicas y principios generales del derecho y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho.

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

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

"(...)"

*"la Sala advierte que el recurrente no denuncia que el laudo, en su infegridad, esté afectado del vicio al que se ha aludido, sino que una de sus decisiones de condena – concretamente la económica-, no se fundamenta en pruebas que lo soporte, sino en el capricho del tribunal. Y no es para menos, foda vez que no cabe duda en que el laudo se profirió en derecho, porque a lo largo del mismo se evidencia la fundamentación en las normas que regulaban el tema, así como en el contrato – principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas"*

"(...)"

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

En el caso concreto, el recurrente consideró que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, porque "...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



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovias Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

con el acervo probatorio documental obrante en el proceso, se tiene que el Tribunal no tuvo en cuenta las cláusulas contractuales del contrato 135 de 2007, para resolver la controversia puesta a su conocimiento, pues todas ellas llevan a una conclusión distinta a la adoptada por el Tribunal de Arbitramento... La carga de interponer la demanda con el cumplimiento de los requisitos legales, le corresponde al demandante y el Tribunal de Arbitramento, pese a ser advertido que debía integrar el litisconsorcio necesario llamando a Transmilenio S.A., por haber suscrito el contrato 135 de 2007 y ser parte del mismo, omitió ese deber legal. Lo anterior, constituye un fallo en conciencia".

La Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales este cargo no está llamado a prosperar, pues, *contrario sensu* de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado permite concluir que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia, toda vez que la decisión estuvo sustentada en las normas jurídicas y en la valoración del acervo probatorio.

En efecto, observa la Sala que el tribunal arbitral adoptó su decisión realizando el siguiente análisis:

En la primera parte el tribunal relata los antecedentes del proceso y desarrollo del trámite; precisa las "cuestiones objeto de controversia", transcribiendo las declaraciones y condenas solicitadas por la Convocante, seguidamente hace una síntesis de los hechos relevantes y luego en la segunda parte del laudo arbitral, el Tribunal hace una sinópsis de las pretensiones de la demanda e identifica los problemas jurídicos que deben resolverse en este arbitraje y con base en ello procede a estudiar y el fondo del asunto, así:

#### "1. Las Pretensiones.

125 La Pretensión Primera Principal y su Subsidiaria determinan el marco estricto dentro del que debe resolverse esta controversia y, de acuerdo con lo que corresponde en técnica procesal, si encuentra mérito la Pretensión Principal no habrá lugar a considerar la Pretensión Subsidiaria. Todo lo anterior, a términos de la Sustitución de la Demanda (en lo sucesivo la Demanda solamente) y de su Contestación.

126 La Convocante plantea como Pretensión Principal el incumplimiento del IDU del Contrato de Obra No. 135 de 27 de diciembre de 2007 y, como Pretensión Subsidiaria, en sus propios términos, **"la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica"**



000282

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

de este mismo Contrato (p. 7 de la Demanda). Sin importar, por ahora, la naturaleza de los institutos que fundan estas Pretensiones (el incumplimiento o el desequilibrio de la ecuación económica del Contrato) este es el marco conceptual del estudio y valoración, en derecho, que habrá de hacer el Tribunal.

127 La Pretensión Segunda Principal, de condena, identifica los eventos que sirven de fundamento, o a los incumplimientos a que se refiere la Pretensión Primera Principal, o a la ruptura de la ecuación económica del Contrato en el caso de la Pretensión Primera Subsidiaria, peticiones que leídas con el prolijo relato que obra en los **Hechos** (Capítulo V, ps. 9 a 40 de la Demanda), permite concluir que los eventos de incumplimiento o de ruptura de la ecuación económica están identificados, determinados, clasificados en grupos o categorías de obras ejecutadas y no pagadas dentro del alcance del Contrato 135 del 27 de diciembre de 2007, afirmaciones que el Tribunal considera suficientes para rechazar la Cuarta Excepción invocada en el Alegato de Conclusión del IDU (ps. 18 a 20) rotulada **“Ausencia de Causa Petendi”**, bajo el argumento de que en *“la Demanda... no hay petición concreta”* (p. 18) y que *“Las pretensiones solicitadas por la parte convocante no son concretas”* (p. 19), sin que sea necesario recordar la jurisprudencia y la doctrina sobre la manera como debe leerse (entenderse) la Demanda y sin necesidad de acudir a interpretar lo que es palmario para el Tribunal, esto es, que la *causa petendi* en cuanto requisito o atributo de la Pretensión, está suficientemente identificada, sin perjuicio de lo que haya resultado probado en el plenario. Estas pocas consideraciones serán suficientes para que el Tribunal rechace la referida Excepción.

128 Las Pretensiones Principales TERCERA (con dos Subsidiarias), CUARTA y QUINTA se refieren a los accesorios de las condenas que se proferirían al amparo de Pretensión SEGUNDA PRINCIPAL y comprenden el reconocimiento de intereses de mora bajo diferentes liquidaciones o la simple corrección monetaria de aquellas misma condenas, así como la solicitud de que se afirme la ejecutividad del laudo y se condene en costas a la Convocada.

## 2. Los problemas jurídicos.

129 A la vista del relato fáctico (Capítulo V, ps. 9 a 40 de la Demanda) articulado en las Pretensiones de la Demanda y en las Excepciones de la Convocada, estos son los problemas jurídicos que surgen de esta controversia y que deben quedar resueltos en este arbitraje.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

Sin tomar en cuenta si las Pretensiones resultan probadas o no, ¿Debe el Tribunal “declararse inhibido para proferir un fallo en este caso” (Alegato del IDU, p. 13) por no haberse conformado en debida forma el contradictorio?. – Resalta la Sala -

¿Sobre el presupuesto de que hayan resultado probados los Hechos que las fundan, constituyen las conductas imputadas por la Convocante a la Convocada (i) incumplimientos del Contrato No. 135 del 27 de diciembre de 2007, (ii) o son eventos que desequilibraron la ecuación económica del Contrato, (iii) o tales sucesos no constituyen ninguno de esos eventos?.

En cualquiera de los dos primeros eventos a que se refiere el problema jurídico anterior, (incumplimiento o rompimiento de la ecuación económica del Contrato), debe la Convocada responderle patrimonialmente a la Convocante por ellos?. Efectuado el resumen de las Pretensiones de la Demanda y la identificación de los problemas jurídicos objeto de la controversia, el Tribunal acomete el estudio de lo que denominó la **“II LA FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO, LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DEL IDU Y LA NULIDAD DE “LAS ADICIONES PRÓRROGAS Y OTROSÍES DEL CONTRATO 135 DE 2007”**

Este tema lo aborda de la siguiente manera:

#### “1. Planteamiento de la cuestión.

131 Al presentar los Alegatos de Conclusión, la entidad Convocada desarrolló los tres temas del rótulo de este capítulo que se estudian en este acápite en la medida en que todos se fundamentan en la consideración relativa a que el Contrato materia del proceso, no solo fue firmado por el Consorcio Convocante (Metrovías Bogotá) y por la entidad Convocada (IDU), sino también por la sociedad Transmilenio S.A.

132 A partir de lo anterior, el IDU sostuvo en sus Alegatos de Conclusión:

(i) Que no está adecuadamente conformado el litisconsorcio necesario, porque debía convocarse a Transmilenio; por esta razón, le pide al Tribunal que profiera *laudo inhibitorio*.

(ii) Que el Tribunal no puede proferir ninguna condena contra el IDU porque en la Demanda solo se formulan Pretensiones dinerarias frente a las cuales quien debía responder era



00028

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

Transmilenio, habida cuenta de su condición de entidad *pagadora* de las obligaciones del Contrato.

(iii) Que todas las modificaciones introducidas al Contrato y suscritas solamente por el IDU y el Consorcio Contratista son nulas por no haber sido firmadas por Transmilenio.

## 2. La buena fe en lo sustancial y en lo procesal.

Empieza el Tribunal por señalar que la presentación de los tres temas anteriores por la Convocada, en el momento de los Alegatos de Conclusión, no resulta acorde con el deber de obrar de buena fe en la ejecución del Contrato y en el trámite del proceso.

135 En relación con la ejecución de los contratos, la obligación de obrar de buena fe está prevista en los artículos 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y 28 de la ley 80 de 1993; y dicha obligación es desconocida por el IDU cuando suscribe con el Contratista convenciones modificatorias, prórrogas y adiciones dirigidas a regular la relación contractual, y, desconociendo dicha conducta, procede -en este momento- a solicitar su *anulación* alegando que dichos documentos debían haber sido suscritos también por Transmilenio (en lo sucesivo Transmilenio solamente, o Transmilenio S.A.).

Seguidamente el tribunal transcribe apartes de lo que ha dicho la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Doctrina sobre este principio y finaliza diciendo que el mismo no es ajeno a la relación procesal y que tampoco resulta ajustado a la obligación de lealtad y buena fe que, conforme con lo dispuesto en el artículo 71 del C. de P. C. le incumbe a las partes acatar en el curso del proceso solicitar, en el momento de las alegaciones, consecuencias procesales derivadas de la ausencia de citación de Transmilenio. La obligación de obrar con lealtad en el proceso también presupone respetar el derecho de *no venir contra sus propios actos*.

"(...)

142 La doctrina es concordante en criticar las *sentencias inhibitorias* en la medida en que ellas no solo generan un desgaste injustificado de la jurisdicción sino que desconocen el derecho de *acceso a la administración de justicia* que está dirigido a que los ciudadanos, después de adelantar un proceso, obtengan una sentencia que resuelva definitivamente el conflicto y no terminen recibiendo una sentencia en la que simplemente se señale que el Juzgador *no pudo decidir* porque en el proceso no se cumplieron determinadas formalidades.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

143 El hecho de que en el proceso arbitral no estén previstas las *excepciones previas* no justifica que el IDU solo haya tratado los temas materia de análisis en los Alegatos de Conclusión; ellos podían ser expuestos como fundamento de un recurso de reposición contra el auto admisorio de la Demanda o contra la providencia en la que el Tribunal asumió competencia y podían ser esgrimidos como excepciones al contestar la Demanda.

144 En esos momentos, que corresponden al inicio del proceso, donde se traba la relación jurídico-procesal entre las partes y se delimita la competencia del Tribunal de Arbitramento, es cuando debió plantearse lo atinente a la conformación del litisconsorcio necesario. En síntesis, a juicio del Tribunal no se adecua a los anteriores principios que el IDU acepte participar en un Tribunal de Arbitramento sin expresar en el desarrollo del mismo su posición según la cual debía convocarse a Transmilenio y, al final del mismo, en el momento de Alegatos, pedir una sentencia inhibitoria.

A renglón seguido, el Tribunal, estudia la figura del "**litisconsorcio necesario**" en los siguientes términos:

### "3. El Litisconsorcio Necesario.

146 Las características específicas del *litisconsorcio* en materia arbitral provienen de la naturaleza *voluntaria* de este tipo de jurisdicción. Mientras que en la jurisdicción ordinaria basta determinar que una persona debe conformarlo para que proceda su citación, en materia arbitral la convocatoria al proceso del *litisconsorte* depende de que éste se encuentre vinculado al pacto arbitral o, en su defecto, acepte adherirse al mismo.

147 Pero, en lo atinente a la determinación de los eventos en los cuales se presenta esta institución, esto es, los eventos en los cuales resulta obligatorio convocar a un *tercero* que no ha sido citado al proceso para poder *resolver de fondo* no existen diferencias en el proceso arbitral y el punto se encuentra regido por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

*"Artículo 83. Litis consorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la Demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la Demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el*



000284

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU .

contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

*“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados...”*

148 De la norma transcrita no puede deducirse que la simple existencia de una relación sustancial entre dos personas determine la existencia de un litisconsorcio necesario; con base en ella *no puede concluirse que, en todos los casos en los cuales deba resolverse una controversia contractual, existe un litis consorcio necesario que imponga convocar al proceso a todos los que fueron parte en el contrato.* La norma exige dos condiciones:

(i) La existencia de una relación sustancial que vincule a varias personas la cual se presenta entre quienes tienen la condición de *partes* en un contrato.

(ii) La *imposibilidad de resolver de mérito* sin su comparecencia.

149 En el presente caso no se cumple ninguno de los anteriores requisitos. **A juicio del Tribunal (A) Transmilenio S.A. no es parte en el Contrato materia de arbitramento y (B) no existe litisconsorcio necesario porque es posible resolver las peticiones de la Demanda sin la presencia en el proceso de la citada sociedad.**

**A. TRANSMILENIO S. A. no es parte en el Contrato materia del presente arbitramento.**

150 A juicio del Tribunal la circunstancia de que Transmilenio hubiese firmado el Contrato, el hecho de que en el mismo la citada sociedad hubiese contraído la obligación de pagar al Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, las obligaciones dinerarias pactadas en el Contrato, y la introducción de estipulaciones correlativas a tal compromiso, no le otorgan a la citada sociedad la condición de parte en el Contrato.

151 El *convenio interadministrativo* suscrito por Transmilenio y el IDU, las estipulaciones del Contrato, y la *interpretación* que se deduce de su *ejecución* imponen concluir que Transmilenio debe considerarse como un *tercero* vinculado al Contrato y no como una *parte* en el mismo.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

152 La doctrina unánimemente señala que la suscripción de un contrato no es lo que determina la condición de *parte* y que, lo que resulta determinante para establecer dicha condición, es precisamente la manifestación, la expresa manifestación de la voluntad de querer ser *parte* en el contrato.

"(...)

153 En este caso, la copia del Contrato materia del arbitramento (No. 135 de 2007), las referencias al *convenio interadministrativo* que lo precedió<sup>13</sup> (No. 020 de 2001) y los convenios modificatorios (Otrosíes) mediante los cuales se ajustaron sus obligaciones, permiten concluir que la sociedad Transmilenio S. A. no tiene la condición de *parte* en este Contrato, porque, en vez de expresar su voluntad de ser parte en el Contrato, sus manifestaciones estuvieron dirigidas a expresar exactamente lo contrario: a advertir que lo suscribía exclusivamente con la finalidad de pagar las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU.

154 Seis años antes de iniciarse el proceso precontractual que culminó con la celebración del Contrato materia del arbitramento, se celebró entre el IDU y Transmilenio un convenio interadministrativo en el cual se estableció con toda claridad que el IDU sería la entidad responsable de adelantar el proceso previo a la contratación, de celebrar el Contrato y de tener la condición de titular de los derechos y obligaciones derivados del mismo.

155 A partir de este *convenio* es claro que lo acordado fue que Transmilenio pagara las obras y el IDU celebrara y ejecutara, en forma autónoma y bajo su responsabilidad, los contratos; desde este momento Transmilenio expresó claramente su voluntad de no querer ser parte en los contratos.

"(...)

157 En las cláusulas del Contrato materia del proceso (No. 135 de 2007) quien obra como entidad Contratante y en cabeza de quien se radican todas las obligaciones derivadas de esa condición, es el IDU.

158 Transmilenio no contrajo ninguna obligación autónoma en carácter de *parte* que la vinculara al Contratista, puesto que su obligación de pagar las obligaciones dinerarias surgidas del Contrato se sujetó a la condición relativa a la solicitud previa, expresa y escrita del IDU.



000285

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

159 La lectura integral del Contrato permite establecer que quienes tienen la condición de parte solo son el IDU (como entidad Contratante) y el Consorcio (como Contratista). Los apartes del Contrato en los cuales se menciona a Transmilenio y que fueron destacados por el IDU en el Alegato de Conclusión y por el Ministerio Público en el concepto, no permiten atribuirle a la citada sociedad la condición de parte en el Contrato.

160 Esas menciones, no pueden dejar sin efecto la siguiente manifestación preliminar de la representante de Transmilenio:

*"ANGÉLICA CASTRO RODRÍGUEZ, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 51.764.863 de Bogotá, nombrada mediante Decreto No. 027 del 31 de enero de 2006, con Acta de Posesión No. 095 del 1 de febrero de 2006, actuando en su calidad de Representante Legal de TRANSMILENIO S.A., quien suscribe este Contrato, exclusivamente en su calidad de pagador de las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previa solicitud expresa y escrita del IDU, según se establece en el presente Contrato y en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 020 de Septiembre de 2001 suscrito entre TRANSMILENIO S.A. y el IDU".*

161 Cuando alguien advierte que está suscribiendo un contrato exclusivamente como pagador de las obligaciones dinerarias y señala adicionalmente que los pagos los hará sólo por solicitud expresa, previa y escrita de quien sí manifiesta su intención de ser parte en el contrato y asume tal condición, está manifestando claramente que no quiere tener la condición de parte en el contrato.

162 Transmilenio, al obrar de este modo, deja constancia de que no es titular de los derechos y obligaciones que surjan del mismo y que no tiene ninguna relación autónoma o independiente con el Contratista, ni siquiera respecto de la obligación de pagar que asume en el Contrato, puesto que los pagos solo puede realizarlos por petición previa, expresa y escrita del IDU.

163 La condición de parte en cualquier contrato, y particularmente en un contrato bilateral, supone la existencia de obligaciones interdependientes en cabeza de cada una de las partes, de modo tal que cada una de ellas tenga a su vez la condición de acreedora y deudora de la otra y a partir de dicha condición funcionan los mecanismos propios de este tipo de contrato, como la excepción de contrato no cumplido o la facultad de resolverlo por incumplimiento.

164 En este caso la obligación de pagar a cargo de Transmilenio no se asumió frente o respecto del Contratista, como consecuencia de que éste cumpliera los compromisos que a



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

él le correspondían. El cumplimiento de esa obligación por Transmilenio se asumió frente al IDU, como mandataria de dicha entidad, así el destinatario de los pagos fuera el Contratista: Transmilenio solo podía realizar pagos mediando solicitud previa, expresa y escrita de la citada entidad.

165 La sociedad Transmilenio S.A. fungió en el Contrato como mandataria para el pago en los términos del artículo 1630 del Código Civil que permiten que el pago de una obligación sea hecho por el deudor o por un tercero; y, en el último caso, la norma permite que el tercero obre (i) con el conocimiento y consentimiento del deudor, (ii) y aún sin el conocimiento o contra la voluntad del deudor.

166 Aquí ocurre lo primero: Transmilenio S.A. contrajo la obligación de pagar las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previo el consentimiento del deudor -que es el IDU-, razón por la cual obró como un mandatario de la citada entidad.

Lo antes expuesto evidencia y pone de manifiesto que el juez arbitral dictó su pronunciamiento, en lo que concierne a la "integración del contradictorio" en este asunto, basado en razonamientos de carácter jurídico y sin prescindir del marco legal aplicable a la Litis; por lo que nunca podrá decirse, que el pronunciamiento acerca del tema tratado, esté soportado en la íntima convicción o el fuero interno del fallador, o lo que es igual, en su personal criterio de justicia.

Los reproches, por el contrario, suponen en realidad de verdad reabrir la discusión de fondo objeto de decisión arbitral, todo lo cual resulta exótico en sede de recurso de anulación. Basta simplemente leer los argumentos planteados por el recurrente, para concluir a todas luces que aquellos no tienen relación alguna -ni siquiera remota- con la causal invocada de haberse fallado el laudo en conciencia.

A contrario de lo expuesto por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir sin lugar a equívocos que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia; sin que sea del caso entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos que tuvo el tribunal para concluir que Transmilenio S.A., no fue parte contractual en el negocio jurídico 135/07, por lo tanto no era necesario vincularlo al proceso como litisconsorte necesario, pues lo anterior no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, pues se insiste que la revisión que hace el juzgador extraordinario del laudo, se limita a los errores in procedendo y no a la materia de fondo del fallo.



000286

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

**3.2 Segunda causal invocada: "Haberse -sic- recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido" (numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)**

### **3.2.1 Sustentación del recurrente**

El recurrente luego de transcribir las pretensiones de la demanda, los numerales 163 a 168 de las consideraciones del Tribunal, finaliza diciendo que este terminó resolviendo en el numeral 595, lo siguiente: *"Segundo.- Declarar debidamente constituido el contradictorio." Cuando esta solicitud no fue presentada por la parte demandante en su escrito demandatorio. El Tribunal asumió que efectivamente Transmilenio S.A., tiene la calidad de mandatario, dentro del Contrato de Obra 135 de 2007, cuando, dicha condición no aparece en el contrato. No hubo un contrato en el que Transmilenio asumiera la calidad de mandatario. El mandato es un contrato, y dicho acto es inexistente. Por lo cual el Tribunal profirió el laudo concediendo más de los pedido."*<sup>34</sup>

### **3.2.2. La posición de la convocante**

La parte convocante afirma que *"...sobre esta alegación, debe destacarse que el acto de deslealtad procesal evidenciado en los alegatos de conclusión del apoderado del IDU respecto la necesidad de vincular a Transmilenio S.A., como litisconsorte necesario conllevó necesariamente a que el Tribunal tuviera que hacer dicha precisión, situación que de lo contrario hubiera sido satisfecha en la primera audiencia de trámite del proceso arbitral.*

*Adicionalmente, una consideración de índole procesal como lo es la debida integración del contradictorio es apenas obvio que no debe hacer parte de la causa petendi de la demanda por cuanto justamente las pretensiones están encaminadas a obtener declaraciones y sus consecuentes condenas relacionadas con la controversia que suscita el proceso litigioso, no a que se hagan declaraciones de índole procesal..."*<sup>35</sup>

### **3.2.3. Concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público después de transcribir apartes de lo que ha dicho la Jurisprudencia de esta Corporación sobre la causal que se debate, concluye diciendo que la causal no está llamada a prosperar, puesto que no se falló sobre asuntos no sometidos al conocimiento del Tribunal. Dice que esa declaración no hizo parte de las pretensiones de la

<sup>34</sup> Folios 245 a 248, ib.

<sup>35</sup> Folios 253 a 256, ib.



Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU -

como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

(iii) - El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.<sup>38</sup>

No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia que se les endilga.

De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele a la materia a que estaba sometido el arbitraje. No es acertada, la posición que asume el recurrente cuando dice que el tribunal falló extra petita, cuando *declaró debidamente constituido el contradictorio;* olvidando el recurrente que el tribunal se pronuncia sobre ese aspecto procesal en razón a que es el mismo recurrente el que plantea dicha situación en una etapa avanzada del proceso, como lo son los alegatos de conclusión. Y es lógico que por técnica procesal, le correspondía al juzgador de instancia, antes de pronunciarse de fondo, estudiar ese aspecto procesal de la integración del contradictorio, por expreso mandato legal, de oficio o a petición de parte, tal como dispone expresamente el artículo 83 del C. de P.C., cuando dice: *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admita la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

*En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan...”* - Resalta la Sala -

<sup>38</sup> Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476.



310

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

demanda, tal como lo dijo la parte convocante, no por ello puede hablarse de un fallo ultra petita, pues la conformación del contradictorio no solo fue un tema que presentó el IDU en los alegatos de conclusión, sino que constituye un presupuesto procesal sobre el cual el juez debe pronunciarse en caso de ser necesario.

### 3.2.4. Análisis de la Sala

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance ésta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

*"... la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998<sup>36</sup>, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.<sup>37</sup>"*

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

- (i).- El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.
- (ii).- El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto,

<sup>36</sup> En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090.

<sup>37</sup> Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.



311

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

(iii).- El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.<sup>38</sup>

No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia que se les endilga.

De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele a la materia a que estaba sometido el arbitraje. No es acertada, la posición que asume el recurrente cuando dice que el tribunal falló extra petita, cuando *declaró debidamente constituido el contradictorio;* olvidando el recurrente que el tribunal se pronuncia sobre ese aspecto procesal en razón a que es el mismo recurrente el que plantea dicha situación en una etapa avanzada del proceso, como lo son los alegatos de conclusión. Y es lógico que por técnica procesal, le correspondía al juzgador de instancia, antes de pronunciarse de fondo, estudiar ese aspecto procesal de la integración del contradictorio, por expreso mandato legal, de oficio o a petición de parte, tal como dispone expresamente el artículo 83 del C. de P.C., cuando dice: *"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admita la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado."*

*En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan..."* - Resalta la Sala -

<sup>38</sup> Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476.



312

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano – IDU .

En consecuencia, los argumentos del recurrente carecen de fundamento para la prosperidad del cargo. De otra parte, el hecho de que en las consideraciones del tribunal en los numerales 164 a 169, el tribunal hubiese afirmado entre otras consideraciones que "...Transmilenio contrajo la obligación de pagar las obligaciones dinerarias a favor del Contratista, previo el consentimiento del deudor – que es el IDU-, razón por la cual obró como un mandatario de la citada entidad"; lo anterior no es más que el análisis o estudio que hizo el Tribunal para concluir que Transmilenio S.A., no era parte dentro del negocio contractual, y el hecho de que afirme que esta era "mandataria del IDU", ese es un aspecto que no tiene efecto vinculante alguno para las partes y sin incidencia alguna en lo que se dispuso en la parte resolutive de la sentencia, porque tal como lo dispone expresamente, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, que "*sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye solo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general*".

Así las cosas, el Tribunal de Arbitramento al proferir el Laudo, lo hizo en plena armonía, en congruencia entre lo solicitado en el petitum de demanda y lo decidido en la sentencia.

Finalmente, encuentra la Sala que el cuestionamiento hecho por el recurrente, lo que en realidad comporta es un cuestionamiento alusivo a la fundamentación misma del laudo y a su soporte probatorio (*vicio in iudicando*), y no a la inconformidad por la no correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (*vicio in procedendo*) y en esa medida escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada, por lo que en este caso debe declararse igualmente infundada. En conclusión, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación.

#### 4. CONDENA EN COSTAS

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998, preceptúa en forma objetiva y perentoria que cuando ninguna de las causales invocadas del recurso extraordinario de anulación contra laudos prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

En las anteriores condiciones se impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, en su condición de



313

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

**Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -**

convocada en el proceso arbitral, es infundado, por cuanto no prosperó alguna de las causales invocadas, en su calidad de recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, reformado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

Mediante el Acuerdo n.º 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y se señaló en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales una tarifa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>39</sup>.

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y artículo 3 del acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiere dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, se fijará a título de costas procesales agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año de 2014 es de \$ 616.000.00, las agencias en derecho ascienden en este caso a \$ 3.080.000.00.

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 extraordinario de anulación interpuesto por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-, contra el laudo proferido el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias presentadas entre (i) Carlos Solarte Solarte, (ii) Luis H. Solarte Solarte, (iii) CSS Constructores S.A., (iv) CASS Constructores & Cía. S.C.A., y (v) Constructora LHS S.A.S., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá -en adelante la convocante- y el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU - en adelante la convocada-, con ocasión del Contrato No. 135 de 2007, suscrito entre las partes el 28 de diciembre de 2007.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas a la convocante INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU., para lo cual se fija en la suma de cinco (5) salarios mínimos legales

<sup>39</sup> Numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.



314

Rad. 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101)

Metrovías Bogotá Vs Instituto de Desarrollo Urbano - IDU -

mensuales vigentes, equivalentes a tres millones ochenta mil pesos (\$ 3.080.000.00) en favor de (i) Carlos Solarte Solarte, (ii) Luis H. Solarte Solarte, (iii) CSS Constructores S.A., (iv) CASS Constructores & Cía. S.C.A., y (v) Constructora LHS S.A.S., integrantes del Consorcio Metrovías Bogotá., el valor de las agencias en derecho.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO  
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MELIDA VALLE DE OZOLA HOZ