RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - naturaleza extraordinaria / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Versa sobre vicios procedimentales o vicios in procedendo y no sobre vicios in iudicando / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación. Debe ser sustentado clara y suficientemente

Ya en anteriores oportunidades se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o in procedendo, más no de juzgamiento o in iudicando y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley. Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión. (...) Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede interpretar lo manifestado por el recurrente para tratar de entender o deducir la causal que invoca. Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley pero además que se sustente clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre compelido a realizar un esfuerzo interpretativo adicional para tratar de deducir la causal que se invoca.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / DECRETO 1818 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden consultar las decisiones: 15 de 1992, exp. 5326; 8 de junio de 2006, exp. 32398; 4 de diciembre de 2006, exp. 32871; 26 de marzo de 2008, exp. 34071; 21 de mayo de 2008, exp. 33643; y 13 de mayo de 2009, exp. 34525

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998 artículo 163 numeral 6, causal 6 o causal sexta / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia o fallo en equidad / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Tacha de testimonio. No se reabre valoración probatoria, no es segunda instancia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No prospera

Es de precisar en éste punto que la causal en comentario no se encuentra instituida para discutir o expresar la inconformidad que se tiene respecto de la valoración jurídica y probatoria que el juez arbitral realizó frente a los diferentes aspectos de la controversia sometida a su conocimiento para adoptar su decisión, razón por la cual se torna a todas luces improcedente afirmar que se profirió un fallo en equidad cuando los argumentos del recurrente se encuentren encaminados fundamentalmente a discutir ésa valoración.(...) Así las cosas, no puede entenderse que se incurre en fallo en conciencia o equidad cuando el Tribunal de arbitramento fundó su decisión en la normativa legal aplicable al asunto que se somete a su conocimiento y con base en la valoración y análisis de las probanzas arrimadas al expediente, pues la sola mención a normas de derecho positivo excluye de por sí el contenido de un fallo en conciencia, el cual se caracteriza por

la ausencia absoluta de razonamientos jurídicos o probatorios. (...) Así las cosas, ésta Sala comparte las consideraciones esbozadas por la vista fiscal en éste punto en el sentido de afirmar que no le asiste razón al recurrente al afirmar que el juez arbitral incurrió en fallo en equidad, pues adoptó su decisión con fundamento en las normas vigentes aplicables al asunto y conforme a la valoración de las probanzas allegadas, razón por la cual no puede ahora venir a pretender que se anule el laudo por la causal que alega cuando lo que en realidad discute es la valoración jurídica y probatoria efectuada por los árbitros para declarar probada la tacha por sospecha del testimonio de la ingeniera Ariza Arango.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163; CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 217 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 218

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL. Decreto 1818 de 1998 artículo 163 numeral 8, causal octava o causal 8 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Principio de congruencia del laudo arbitral / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Vicios procedimentales o vicios in procedendo

Ya en anteriores oportunidades ésta subsección ha señalado que por medio de la causal a la que se alude lo que se busca es garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, que al tenor de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y hoy en el artículo 218 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado. (...) Así, por regla general, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debe realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio in procedendo se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver la sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 46696

VICIOS IN PROCEDENDO - Modalidades: Fallos ultra petita y fallos extra petita

Este vicio in procedendo tiene dos modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos ultra petita, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda y fallos extra petita que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL. Decreto 1818 de 1998 artículo 163 numeral 8, causal octava o causal 8 / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL -

Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Teoría de la imprevisión

El recurrente sustenta esta causal argumentando que el Tribunal de Arbitramento analizó la teoría de la imprevisión cuando ésta no había sido alegada por la demandante, que no tuvo en cuenta las estipulaciones contractuales y las pruebas allegadas al plenario, que condenó al IDU al pago de unos costos sin considerar que éstos se encontraban incluidos en el precio global del contrato, y que consideró equivocadamente que Transmilenio S.A. era una mandataria del IDU.(...) La teoría de la imprevisión exige entre otros requisitos que el desequilibrio no sea imputable a alguna de las partes, pues en este evento se trataría de un incumplimiento contractual.(...) Lo anterior significa que no es cierto que el laudo acusado haya cimentado todas sus condenas en la teoría de la imprevisión puesto que al analizar las motivaciones, en ninguna de ellas trae decididamente este fenómeno como fundamento de la prosperidad de las pretensiones que acogió.(...) Lo que ocurre en este caso es que ninguno de los argumentos expuestos alrededor de la causal 8ª se arrima a una decisión ultra o extra petita o sin competencia de los árbitros por caducidad de la acción o por no estar comprendida en el pacto arbitral, lo que en realidad acontece es que el recurrente pretende que por vía de anulación se aborde nuevamente el estudio de fondo de la cuestión litigiosa olvidando que éste recurso no se constituye en una segunda instancia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Condena en costas. Agencias en derecho

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. (...) Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes. (...) En éste asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho (...) a cargo del recurrente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 165

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (09) de octubre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00181-00(49421)

Actor: CONSTRUCTORA SAN DIEGO MILENIO S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU - Y LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por **El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-** contra el laudo arbitral del 29 de octubre de 2013, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre éste, **La Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio-** y la **Sociedad Constructora San Diego Milenio S.A.** con ocasión del contrato de obra No. 134 celebrado entre las partes el 28 de diciembre de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de septiembre de 2001 se celebró entre transmilenio S.A. y el IDU el convenio interadministrativo, por virtud del cual éste se obligó a realizar los estudios requeridos y las gestiones necesarias para contratar las obras necesarias para la implementación del sistema transmilenio en las diferentes zonas del país y a su vez Transmilenio S.A. se obligó a realizar el pago de las obligaciones dinerarias en favor de los contratistas, previa autorización del IDU.

2. El 28 de diciembre de 2007 y en desarrollo del convenio referido se celebró entre el **Instituto de Desarrollo Urbano - IDU** y la **Sociedad Constructora San Diego S.A.** y **Transmilenio S.A.** el contrato de obra No. 134, por virtud del cual la Sociedad San Diego S.A. se obligó a realizar por el sistema de precio global con ajustes las obras y actividades necesarias para la adecuación del sistema TransMilenio en la carrera 10ª (Avenida Fernando Mazuera) tramo No. 1 que comprendía la calle 31 sur y la calle 30ª sur entre carreras 10ª y 5ª incluyendo el patio, el portal y sus vías perimetrales en Bogotá D.C.

Por su parte TransMilenio se obligó a pagar en favor de la sociedad contratista las obligaciones dinerarias adquiridas por el IDU con ocasión del contrato celebrado.

3. Como valor total estimado del contrato se fijó la suma de \$146.288'548.034.00 que comprendía la sumatoria del valor global total y el valor correspondiente a los

ajustes.

4. Por medio de la cláusula No. 13 se acordó que si el contratista consideraba necesario incluir nuevos ítems, diferentes a los previstos en el contrato, debía informar a la interventoría, la cual debía pronunciarse al respecto de forma motivada y que *“En todo caso, el Contratista no podrá adelantar la ejecución de ningún ítem no previsto sin la correspondiente autorización de la Interventoría y el IDU”*.

5. El Término de duración del contrato se pactó en 85 meses contados a partir del 17 de junio de 2008, fecha ésta en la cual se suscribió el Acta de inicio de obra.

También se acordó que la ejecución del contrato comprendería 3 etapas, la primera de ellas de preconstrucción que sería de 4 meses, otra de construcción de 21 meses y la última de mantenimiento de 60 meses.

6. Diversas circunstancias hicieron necesario que las partes convinieran la modificación, adición y prórroga del contrato principal mediante la suscripción de 10 otros, el último de ellos del 15 de marzo de 2011.

7. Mediante el No. 21.3 las partes pactaron cláusula compromisoria a través de la cual acordaron someter a decisión de un Tribunal de Arbitramento con domicilio en la Ciudad de Bogotá todas las divergencias originadas con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato.

8. Aduce el actor que en la ejecución del contrato se presentaron las siguientes circunstancias; I) Deficiencias en los planos y diseños previos que generaron sobrecostos por mayores cantidades de obra al cimentar el puente peatonal ubicado en la carrera 10 con calle 31 sur ; II) sobrecostos por mayores cantidades de acero de refuerzo en las losas del patio del portal; III) sobrecostos por errores en la inclusión de las juntas constructivas en algunas partes de las edificaciones; IV) deficiencia en los diseños de cubiertas y plataformas de artículos alimentadores, lo que condujo a mayores costos en los remates tipo nariz para su obtención no incluidos en el precio global del contrato; V) No reconocimiento de compensaciones ambientales por tala de árboles, costos que no se encontraban incluidos ni el precio global ni en el presupuesto oficial del contrato; VI) mayores cantidades de obra por la colocación de capas adicionales de rajón al construir el pavimento de las zonas del patio y del portal; VII) Sobrecostos por realizar obras de pilotaje y utilizar equipos y herramientas especializadas para sobrellevar las dificultades presentadas en el terreno de las obras, desconocidas al celebrar el contrato y no discriminadas en el precio global; VIII) Mayores costos por obras de demolición adicionales cuyo

precio no se encontraba previsto en el presupuesto oficial de la licitación; IX) Mayores costos al modificarse las condiciones de seguridad para la realización de trabajos en alturas, por medio de la Resolución No. 3673 de 2008; X) la configuración del silencio administrativo de la comunicación No. 134-481-2011, mediante la cual la contratista reclamó el reconocimiento de los mayores costos y mayores cantidades de obra ejecutada y recibida.

9. Por medio de diversas comunicaciones la actora reclamó en su oportunidad el reconocimiento de los mayores costos y mayores cantidades de obra ejecutada, solicitudes que fueron denegadas por la interventoría y posteriormente confirmadas por el IDU.

10. El 1 de diciembre de 2011¹ la **Sociedad Constructora San Diego Milenio S.A.** presentó demanda arbitral contra el **Instituto de Desarrollo Urbano - IDU- y TransMilenio S.A.**, solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato No. 134 de 2007 y que aquel debía reconocer los mayores costos en que incurrió al ejecutar algunas obras objeto del contrato, otras obras de demolición no previstas en éste y por otros factores no previstos en el precio global inicialmente pactado, por vulnerar el procedimiento previsto en la cláusula 13 del contrato y por tener que ejecutar trabajos en condiciones diversas a las inicialmente pactadas.

Pidió que se le reconocieran los sobrecostos reclamados mediante comunicación No. 134-481-2011 del 17 de marzo de 2011, frente a la que afirma que operó el silencio administrativo positivo y en subsidio solicitó el reconocimiento de los sobrecostos en que incurrió por la realización de otras obras.

Pidió también que se declarara la “*improcedencia*” de las comunicaciones y actas mediante las cuales el IDU negó el reconocimiento de los sobrecostos solicitados.

Solicitó en consecuencia que se declarara la ruptura del equilibrio económico del contrato y se condenara a las demandadas al pago de los costos y extracostos; a los perjuicios pasados, actuales y futuros resultantes, sus intereses y la condena en costas, estimando la cuantía del proceso en \$18.650.762.744.

11. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo el 29 de octubre de 2013 en el que declaró infundadas las objeciones por error grave formuladas contra los dictámenes periciales, probada la tacha por sospecha de la testigo Natalia Ariza Arango, como no probadas las excepciones propuestas, salvo las denominadas “Actuación como simple pagador”-

¹ Folios 1 a 121 del c. Principal No. 1

falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de TransMilenio S.A., la de inexistencia de solidaridad entre ésta y el IDU frente a situaciones no pactadas expresamente y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró que el IDU no reconoció a la Constructora San Diego Milenio S.A. los mayores costos en la ejecución de algunas obras objeto del contrato No. 134 de 2007, los de otras obras de demolición no previstas en éste, los mayores costos reclamados mediante comunicación No. 134-481-2011 del 17 de marzo de 2011 por haber operado el silencio administrativo, el incumplimiento de las demandadas y la improcedencia de las decisiones negativas del IDU frente a las solicitudes de reconocimiento económico.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato y condenó al IDU al pago de la suma de \$14.482'251.230.00.

12. Frente al laudo en mención tanto el IDU como TransMilenio S.A. presentaron solicitud de aclaración, corrección y/o complementación, las cuales fueron resueltas desfavorablemente en la audiencia oral que se llevó a cabo el 13 de noviembre de 2013.

13. Por medio de escrito del 20 de noviembre de 2013 el convocado IDU instauró el recurso de anulación contra el laudo arbitral del 29 de octubre de 2013 invocando las causales 6ª y 8ª del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998.

14. El 26 de noviembre de 2013 la Secretaría del Tribunal de Arbitramento remitió el expediente a esta Corporación a efectos de que se le diera trámite al recurso interpuesto, advirtiéndole que no se había dado cumplimiento al artículo 161 del decreto 1818 de 1998, pues el recurso no se instauró ante el presidente del tribunal de arbitramento.

15. En auto del 10 de diciembre de 2013 ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió el traslado para que la recurrente sustentara el recurso y para que ambas partes presentaran los correspondientes alegatos.

16. Contra dicho auto las partes instauraron los recursos de reposición los cuales fueron resueltos mediante proveído del 16 de junio de 2014 en el sentido de rechazar por extemporáneo el interpuesto por el IDU y confirmar el auto recurrido en todas y cada una de sus partes.

II. EL RECURSO DE ANULACION

El recurrente pide que se anule el laudo arbitral proferido el 29 de octubre de 2013 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1) La causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que ésta circunstancia aparezca de forma manifiesta en el laudo.

Inicia su argumentación el recurrente haciendo mención a la noción de fallo en equidad y su diferencia con el fallo en derecho, trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación al respecto para luego afirmar que en el presente asunto el Tribunal de Arbitramento emitió un fallo en equidad debiendo hacerlo en derecho, pues fundó su decisión en normas de derecho positivo no vigentes y profirió condena sin valorar las pruebas allegadas al plenario.

Afirma que el Tribunal de arbitramento no sólo desconoció los preceptos legales que regulan la tacha de las pruebas testimoniales sino que le dio una interpretación errada a los artículos 217 y 218 del C.P.C., pues se limitó a declarar como probada la tacha por sospecha del testimonio rendido por la Ingeniera Natalia Ariza Arango sin explicar el valor probatorio que le otorgó a éste.

Señala que el Tribunal de arbitramento no se pronunció sobre los nuevos hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda y esbozados por el IDU en sus alegatos de conclusión, para lo cual hace mención a la existencia de otro proceso arbitral iniciado por el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. contra el IDU con ocasión del contrato No. 137/07 para la ejecución y desarrollo de la fase III de TransMilenio S.A. donde se ordenó la vinculación de ésta como parte, para afirmar que también debía vincularse al proceso como parte en el contrato objeto del presente litigio.

Aduce que el Tribunal de arbitramento no sólo desconoció la cláusula segunda del contrato referida a su perfeccionamiento con la sola firma de las partes y el registro presupuestal sino también las cláusulas contractuales que le otorgaban deberes y obligaciones a TransMilenio S.A. al señalar que ésta no tenía la calidad de parte en el contrato No. 134/07.

Manifiesta que en la parte motiva del laudo impugnado el Tribunal incurrió en inconsistencias al señalar que *“de todas formas fueron de incidencia trascendental en la Mayor permanencia de la firma contratista en la ejecución del oleoducto referido...”*, pues la obra contratada era muy diferente; y al señalar que hubo *“incumplimiento del contratante público por mora en la entrega del anticipo, como causa de los SOBRECOSTOS en que incurrió el contratista...”*, pues de las probanzas allegadas se acreditó que dicha circunstancia no había sido alegada por la demandante.

Argumenta que el Tribunal de Arbitramento emitió un fallo en conciencia al declarar la responsabilidad del demandado IDU, ignorando el material probatorio que obra en el expediente y mediante el cual se acreditó que la contratista fue la que modificó las condiciones iniciales del contrato y realizó las obras no pactadas en éste; razón por la cual no era posible endilgarle responsabilidad alguna por los costos y riesgos que ésta asumió directa o indirectamente.

Hace mención a las cláusulas contractuales para concluir que si la entidad responsable de los pagos derivados del contrato No. 134 de 2007 era TransMilenio S.A., ésta era la llamada a responder y no el IDU y que el Tribunal de arbitramento no había tenido en cuenta ni las pruebas, ni las estipulaciones contractuales, ni las normas jurídicas que regulaban el fondo de la controversia, razón por la cual su decisión no tenía sustento probatorio alguno.

Concluye señalando que la omisión en la valoración de las pruebas se constituye en una causal de anulación del laudo arbitral proferido, así como también en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

2) Respecto de la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, argumentó que ni en las pretensiones ni en los argumentos de derecho esbozados por la parte convocante en la demanda arbitral se había hecho alusión a la teoría de la imprevisión, premisa a partir de la cual el Tribunal equivocadamente había resuelto favorablemente las pretensiones de la demanda.

Reitera que el Tribunal de Arbitramento profirió un fallo en conciencia al no tener en cuenta ni las estipulaciones contractuales, ni la confesión presunta de la contratista quién en la demanda y su contestación afirmó que pese a no existir

planeación en el contrato decidió ejecutar las obras asumiendo los riesgos respectivos.

Señala que se condenó al IDU al pago de unas sumas relativas a los costos por la realización de unas obras sin considerar que éstos se encontraban incluidos en el valor global del contrato, circunstancia que se acreditó mediante las pruebas allegadas al plenario.

Por último señala que el Tribunal de Arbitramento equivocadamente asumió que TransMilenio S.A. tenía la calidad de mandatario del IDU dentro del contrato No. 134 de 2007.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

El Tribunal de Arbitramento no incurrió en la causal del numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 pues de la lectura del fallo impugnado se evidencia el análisis jurídico y probatorio efectuado a efectos de resolver las pretensiones de la demanda.

El Tribunal de Arbitramento no profirió un fallo en conciencia al declarar probada la tacha por sospecha del testimonio rendido por la ingeniera Natalia Ariza Arango y no valorarlo dentro del proceso, pues dicha decisión la adoptó con fundamento en las pruebas allegadas al plenario y según lo previsto en el artículo 217 del C.P.C.

Señala que los argumentos del recurrente encaminados a señalar que el Tribunal de Arbitramento profirió un fallo en equidad al no pronunciarse sobre los nuevos hechos presentados por el IDU en los alegatos de conclusión y al declarar que TransMilenio S.A. no hacía parte del contrato No. 134 de 2007 se encontraban dirigidos a cuestionar las razones de fondo que éste tuvo para adoptar su decisión, lo cual era improcedente en sede de anulación.

Afirma que lo realmente pretendido por el impugnante es que se realice un nuevo estudio del fondo del asunto para revocar la condena que se profirió en su contra, pues de la lectura del fallo se evidenciaba que las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento fueron producto del análisis de las pruebas allegadas, de

las estipulaciones contractuales y conforme al derecho positivo vigente aplicable al asunto.

Precisa que en sede de anulación el Juez Contencioso Administrativo no puede realizar una nueva valoración ni del análisis probatorio, ni del estudio jurídico ni de la labor interpretativa del juez arbitral.

En lo relativo a las inconsistencias en las que el recurrente afirma que el Tribunal de arbitramento incurrió en la parte motiva del fallo señala que éstas no hacen referencia ni a los hechos ni a las pretensiones del asunto sometido a su conocimiento, sino que son extractos de fallos proferidos por la Sección Tercera de ésta Corporación sobre la Ecuación Financiera o Económica del contrato.

Concluye señalando que el Tribunal de arbitramento no emitió un fallo en equidad, pues los árbitros no fundaron la decisión en su íntima convicción sino que fue el resultado de una valoración jurídica y probatoria que el recurrente no comparte.

De otro lado, señala que el Tribunal de Arbitramento tampoco incurrió en la causal de anulación prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, pues contrario a lo que afirma el recurrente la sociedad convocante en su demanda sí adujo la existencia de hechos imprevistos y sobrevinientes a la celebración del contrato, razón por la cual los árbitros adoptaron su decisión dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo esbozado en el libelo demandatorio.

Finalmente el Ministerio Público señala que los demás argumentos expuestos por el recurrente no tenían relación alguna con la causal alegada, sino que reflejaban la su disconformidad con lo decidido y analizado por el Tribunal.

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

IV. CONSIDERACIONES.

1. Ya en anteriores oportunidades² se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión.

Ahora bien, según lo establece el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

A su vez, el Decreto 1818 de 1998 compila las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la cual finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

2. Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede interpretar lo manifestado por el recurrente para tratar de entender o deducir la causal que invoca³.

Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley pero además que se sustente clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre

² Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,

compelido a realizar un esfuerzo interpretativo adicional para tratar de deducir la causal que se invoca.

De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que invoca.

Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación.

Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

3. En cuanto a la causal prevista en el Numeral 6º del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998, esto es *“haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esa circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*

De la simple lectura de la norma en cita se tiene que para que la causal a la que se alude se estructure no basta con que el juez haya proferido un fallo en conciencia debiéndolo hacer en derecho, sino también que ésta circunstancia sea evidente, palmaria u ostensible en el laudo, es decir, que no se requiera de un esfuerzo interpretativo o argumentativo adicional a efectos de demostrar o poner de presente dicho acontecimiento.

Por otro tanto, es de precisar en éste punto que conforme lo establece el artículo 70 de la ley 80 de 1993, en tratándose de controversias originadas con ocasión de la celebración de un contrato estatal el fallo que se profiera para darle solución a éstas debe ser siempre en derecho.

En cuanto al fallo en conciencia y los requisitos para su configuración, ésta Subsección ha señalado⁴:

“(…)En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento⁵ para referirse a una de las modalidades

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Expediente 38.621.

⁵ 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

del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”⁶

Hoy la ley⁷ define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

(...)Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad⁸ 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.⁹

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.¹⁰

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.¹¹

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.¹²

(...)

(...) 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.¹³

⁶ 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 3°.

⁷ Ley 446 de 1998, artículo 111.

⁸ P. G. CARON. “Aequitas” Romana, “Misericordia” Patristica Ed “Epicheia” Aristotelica Nella Dottrina Dell’ “Aequitas” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

⁹ Ibidem.

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

¹¹ P. G. CARON. “Aequitas... Opus. Cit., p. 6.

¹² Ibidem, p. 98-104.

¹³ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio¹⁴ o de las normas jurídicas,¹⁵ por la ausencia de razonamientos jurídicos¹⁶ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.¹⁷

*(...) 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(...)"

Es de precisar en éste punto que la causal en comento no se encuentra instituida para discutir o expresar la inconformidad que se tiene respecto de la valoración jurídica y probatoria que el juez arbitral realizó frente a los diferentes aspectos de la controversia sometida a su conocimiento para adoptar su decisión, razón por la cual se torna a todas luces improcedente afirmar que se profirió un fallo en equidad cuando los argumentos del recurrente se encuentren encaminados fundamentalmente a discutir ésa valoración.

Así las cosas, no puede entenderse que se incurre en fallo en conciencia o equidad cuando el Tribunal de arbitramento fundó su decisión en la normativa legal aplicable al asunto que se somete a su conocimiento y con base en la valoración y análisis de las probanzas arrimadas al expediente, pues la sola

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

¹⁵ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

¹⁶ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

¹⁷ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

mención a normas de derecho positivo excluye de por sí el contenido de un fallo en conciencia, el cual se caracteriza por la ausencia absoluta de razonamientos jurídicos o probatorios.

4. El numeral 8º del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998 prevé como causal de anulación “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”

Ya en anteriores oportunidades ésta subsección ha señalado que por medio de la causal a la que se alude lo que se busca es garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, que al tenor de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y hoy en el artículo 218 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado.

Este vicio *in procedendo* tiene dos modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos *ultra petita*, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda y fallos *extra petita* que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda.

Así, por regla general, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debe realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio *in procedendo* se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

Ahora respecto de la causal en comento ésta Subsección también ha señalado que:

*“(...)el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria, pues no podría entenderse cómo una sentencia que niega las pretensiones de la demanda pueda incurrir en tal yerro por estar **condenando al demandado**, se resalta, “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...” o “por causa diferente a la invocada en ésta.”¹⁸*

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de mayo 9 de 2011, Expediente No. 40.193.

Ahora, como en materia arbitral la competencia de los árbitros queda circunscrita a los precisos puntos que las partes quisieron someter a su decisión, resulta claro que cualquier pronunciamiento ajeno a éste *thema decidendum* se hará sin competencia alguna y se abriría paso la causal de nulidad comentada.

(...)

Este principio de congruencia de las sentencias lo trae ahora el Código General del Proceso al expresar:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las 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.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...”¹⁹

Por consiguiente es mandato, tanto en el anterior Código de Procedimiento Civil como en el ahora vigente Código General del Proceso, que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda y por ende el demandado no puede ser condenado por objeto distinto al pretendido ni por causa diferente a la invocada en la demanda.

Y esto es precisamente lo que se persigue garantizar y hacer efectivo con la causal 8ª de anulación al disponer que el laudo es nulo cuando recae sobre asuntos no sometidos a la decisión de los árbitros o cuando se concede más de lo pedido.

Pero por supuesto que la causal también se configurará cuando, no obstante haberse pretendido en la demanda, el asunto materia de la decisión no estaba comprendido en la cláusula compromisoria o en el compromiso²⁰.

Por lo tanto, es necesario precisar en éste punto que la sustentación que realice el recurrente de la causal que alega debe estar encaminada fundamentalmente a demostrar su configuración, de forma tal que si los argumentos esbozados no tienen relación alguna con ésta, su impugnación estará condenada al fracaso.

5. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la anulación se tiene que el recurrente invoca como causales de anulación las previstas en el numeral 6º y en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, es decir, *“haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* y *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*

¹⁹ Artículo 281.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Expediente 46.696.

5.1. Funda la primera causal esgrimida, esto es la del numeral 6º, en que el Tribunal no le otorgó valor probatorio a algunas pruebas, omitió pronunciarse sobre otras, desconoció las estipulaciones contractuales y las demás probanzas allegadas para adoptar su decisión e incurrió en inconsistencias en la parte motiva del fallo.

En efecto, señala el recurrente en primer lugar que el Tribunal incurrió en fallo en equidad al no otorgarle valor probatorio al testimonio rendido por la ingeniera Natalia Ariza Arango en audiencia que se llevó a cabo el 1º de marzo de 2013 al encontrar probada la tacha por sospecha formulada por la sociedad convocante.

Al respecto el juez arbitral señaló *“El Tribunal, acorde con la aceptación expresa del motivo por la testigo se halla probada la sospecha, en tanto su colaboración en la respuesta a la demanda y análisis de los dictámenes materia del proceso, afecta su imparcialidad al reflejar su intervención y particular perspectiva del asunto, lo cual basta para apreciar su testimonio a la luz del artículo 217 del C. de P.C.”*

Ahora, al revisar el laudo que ahora se recurre por vía de la anulación se observa que para adoptar ésta decisión el juez arbitral se sujetó a lo previsto en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil y que a partir de la valoración de las probanzas allegadas al plenario encontró probada la tacha por sospecha formulada por la Sociedad convocante frente al testimonio rendido por la ingeniera Natalia Ariza Arango, teniendo en cuenta que ésta había participado en la contestación de la demanda arbitral y había estudiado los dictámenes periciales allegados al plenario²¹, circunstancias que comprometían la imparcialidad que debía caracterizarla.

Esta posición fue reiterada al dar respuesta a las solicitudes de aclaración, corrección y/o complementación formuladas por las partes.²²

Así las cosas, ésta Sala comparte las consideraciones esbozadas por la vista fiscal en éste punto en el sentido de afirmar que no le asiste razón al recurrente al afirmar que el juez arbitral incurrió en fallo en equidad, pues adoptó su decisión con fundamento en las normas vigentes aplicables al asunto y conforme a la valoración de las probanzas allegadas, razón por la cual no puede ahora venir a pretender que se anule el laudo por la causal que alega cuando lo que en realidad discute es la valoración jurídica y probatoria efectuada por los árbitros para

²¹ Folios 288 y 289 del C. No. 1.

²² Folios 434 y 435 del C. No. 1.

declarar probada la tacha por sospecha del testimonio de la ingeniera Ariza Arango.

5.1.1. En segundo lugar afirma el recurrente que el Tribunal de arbitramento incurrió en la causal del No. 6º al no pronunciarse sobre las excepciones formuladas por el IDU al presentar sus alegatos de conclusión y, por medio de las cuales daba a conocer nuevos hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda.

De inmediato se evidencia que este motivo no tiene relación alguna con la causal que ahora alega pues el recurrente se duele de no haber tenido un pronunciamiento sobre las excepciones que propuso el demandado, lo que definitivamente no estructura la causal de haberse proferido el fallo en conciencia y no en derecho.

Esta circunstancia es ya razón suficiente para desestimar el cargo por el motivo que se aduce.

5.1.2. Alega también el recurrente que el juez arbitral no tuvo en cuenta las estipulaciones contractuales al señalar que Transmilenio S.A. no ostentaba la calidad de parte en el contrato estatal y al declarar probadas las excepciones de "Actuación como simple pagador"- falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de Transmilenio S.A. y la de inexistencia de solidaridad entre ésta y el IDU frente a situaciones no pactadas expresamente.

Revisado el laudo objeto de anulación se encuentra que para efectos de adoptar la decisión en comento, el Tribunal de Arbitramento no sólo realizó un estudio detallado del Acuerdo No. 4 del 18 de febrero de 1999²³, del Decreto No. 831 del 3 de diciembre de 1999²⁴ y del Convenio Interadministrativo No. 20 del 20 de septiembre de 2001²⁵, actos que antecedieron la celebración del contrato No. 134 de 2007, sino que también analizó y estudio las estipulaciones contractuales y las demás probanzas allegadas al plenario²⁶, razones éstas por las cuales no puede ahora venir el recurrente a señalar que el juez adoptó su decisión prescindiendo de valoraciones jurídicas o probatorias.

5.1.3. A la luz de esta misma causal 6ª el recurrente afirma que el juez arbitral incurrió en el yerro porque hizo alusión a un oleoducto, cuando esa no fue la obra

²³ Folios 289 y 290 del C. No. 1

²⁴ Folios 290 a 292 del C. No. 1

²⁵ Folios 291 a 294 del C. No. 1

²⁶ Folios 294 a 299 del C. No. 1

objeto del contrato, y a una mora en la entrega del anticipo, sin que el acervo probatorio demostrara que el demandante haya aducido este hecho como causa de los sobrecostos.

Lo que en verdad enseña esta argumentación es que el impugnante se queja de la valoración jurídica y probatoria que hizo el Tribunal Arbitral para proferir un fallo condenatorio en su contra, lo que es improcedente en sede del recurso de anulación pues, como se ha dicho incesantemente, este no constituye una segunda instancia.

Y es que, sin entrar a reseñar que la mención del oleoducto y de la mora correspondían a citas de jurisprudencia del Consejo de Estado, lo cierto es que el Tribunal no tomó su decisión con prescindencia de las pruebas practicadas y arrimadas al proceso.

En efecto, de la lectura completa del fallo y de lo que enseña el expediente es que el Tribunal, amén de valorar las pruebas recaudadas, trajo como sustento de su decisión normas jurídicas y jurisprudencia proferida tanto por la Sección Tercera de ésta Corporación, como de otras altas cortes, todo lo cual hace incuestionable que la decisión se adoptó en derecho y no en equidad como forzosamente y con argumentos improcedentes lo quiere hacer ver el recurrente.

Estas razones son más que suficientes para que no prospere el cargo apuntado en la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

6. Ahora, en lo que atañe a la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido,”* el recurrente sustenta esta causal argumentando que el Tribunal de Arbitramento analizó la teoría de la imprevisión cuando ésta no había sido alegada por la demandante, que no tuvo en cuenta las estipulaciones contractuales y las pruebas allegadas al plenario, que condenó al IDU al pago de unos costos sin considerar que éstos se encontraban incluidos en el precio global del contrato, y que consideró equivocadamente que Transmilenio S.A. era una mandataria del IDU.

En primer lugar, y partiendo del entendimiento que la teoría de la imprevisión exige entre otros requisitos que el desequilibrio no sea imputable a alguna de las partes, pues en este evento se trataría de un incumplimiento contractual, la Sala observa que el demandante en la pretensión 1.5 persigue que se declare que *“con posterioridad al perfeccionamiento del contrato se presentaron hechos*

sobrevinientes, ajenos, extraños y no imputables al CONTRATISTA..”, que cuando el laudo menciona la teoría de la imprevisión en el aparte citado por el impugnante, lo hace a título enunciativo general pues expresa que “sentadas las premisas precedentes, y descendiendo a la materia concreta planteada por las partes, la demandante pide declarar la ruptura del equilibrio económico y financiero en su contra, que no está obligado a soportar y tiene derecho al restablecimiento completo e integral, con los costos financieros incurridos, ya por el incumplimiento del contrato, ora la ocurrencia ulterior de dificultades materiales imprevistas y sobrevinientes a su perfeccionamiento, bien la teoría de la imprevisión, y en tal virtud el reconocimiento de (...)”²⁷ y que a renglón seguido acomete el estudio de cada una de las pretensiones, y entre ellas la 1.5 que prospera, ésta pretensión la concede el Tribunal porque encontró demostrado que hubo sobrecostos imprevistos por hechos no imputables al contratista, razón por la cual, según el Tribunal, se imponía su reconocimiento.

Lo anterior significa que no es cierto que el laudo acusado haya cimentado todas sus condenas en la teoría de la imprevisión puesto que al analizar las motivaciones, en ninguna de ellas trae decididamente este fenómeno como fundamento de la prosperidad de las pretensiones que acogió.

Aún más las razones que da el Tribunal para sustentar la prosperidad de las que aceptó se circunscriben a lo pretendido y a la causa invocada

Siendo esto así, y aún en el hipotético caso de que la razón de la prosperidad de alguna pretensión hubiese estado decidida y exclusivamente en la teoría de la imprevisión por haberse entendido mal el fenómeno jurídico invocado (lo que en este caso no ocurrió), este es un aspecto de valoración jurídica que escapa al control por vía del recurso de anulación pues se trataría de un yerro *in iudicando* y no *in procedendo*.

Ahora, en lo relativo a los demás argumentos esbozados para sustentar ésta causal, para la Sala es claro que el recurrente vuelve a plantear su inconformidad con fundamento en que el Tribunal adoptó su decisión sin tener en cuenta las estipulaciones contractuales o las demás pruebas allegadas al proceso.

La argumentación del recurrente es similar a la utilizada para sustentar la causal 6ª, pero lo que definitivamente la condena al fracaso es que semejantes argumentos de ninguna manera configuran los supuestos normativos de la causal

²⁷ Folio 350 del C. No. 1

8ª, que como ya se ha dicho reiteradamente, se estructura cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido (ultra o extra petita) o por causa diferente a la invocada en la demanda y también cuando los árbitros carecen de competencia para resolver sobre la cuestión sometida a su decisión, bien por haber caducado la acción o bien por no estar comprendida dentro del pacto arbitral.

Y es que, como ya se ha dicho insistentemente, el recurrente debe sustentar el recurso de anulación, sustentación que supone que se expresen las razones que configuren la causal que se aduce y por lo tanto es inadmisibles que al amparo de la descripción que trae la ley de un motivo de anulación se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran la prevista por el legislador.

Con otras palabras, lo que ocurre en este caso es que ninguno de los argumentos expuestos alrededor de la causal 8ª se arrima a una decisión ultra o extra petita o sin competencia de los árbitros por caducidad de la acción o por no estar comprendida en el pacto arbitral, lo que en realidad acontece es que el recurrente pretende que por vía de anulación se aborde nuevamente el estudio de fondo de la cuestión litigiosa olvidando que éste recurso no se constituye en una segunda instancia.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso de anulación 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 su decisión.

En estas circunstancias resulta evidente que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

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

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

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

En éste asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en éste caso se estiman en **DOCE MILLONES DE PESOS (\$12'000.000)** a cargo del recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuesto por el convocado IDU contra el laudo arbitral proferido el 29 de octubre de 2013 constituido para dirimir las controversias originadas entre éste, **La Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio-** y la **Sociedad Constructora San Diego Milenio S.A.** con ocasión del contrato de obra No. 134 celebrado entre las partes el 28 de diciembre de 2007.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente y por consiguiente al pago de la suma de **DOCE MILLONES DE PESOS (\$12'000.000)** que es el valor en que se estiman las agencias en derecho.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente