



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2014-00078-00 (51.304)

ACTOR: CONSORCIO ASSIGNIA INFRAESTRUCTURA S.A.- CONCRESCOL S.A.-

DEMANDADO: TRANSCARIBE S.A.

PROCESO: Recurso de anulación

ASUNTO: Sentencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por **Transcaribe S.A.** en contra el laudo arbitral del 5 de mayo de 2014 y el Auto No. 46 del 21 de mayo de 2014 por el cual se corrigió, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre ésta y el **Consortio Cartagena 2010**, conformado por las sociedades **Assignia Infraestructuras S.A-** y **Concretos Asfaltos de Colombia S.A.- Concre scol S.A.** con ocasión del contrato de obra No. TC-LPI-001-2010 celebrado entre las partes el 5 de agosto de 2010.

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de agosto de 2010 se celebró entre **Transcaribe S.A.** y el **Consortio**



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Cartagena 2010, conformado por las sociedades **Assignia Infraestructuras S.A.- y Concretos Asfaltos de Colombia S.A.- Concescol S.A.** el contrato de obra No. TC-LPI-001-2010, por virtud del cual éstas se obligaron frente aquella a ejecutar y complementar las obras de construcción del tramo de corredor del Sistema Integrado de Transporte Masivo Transcaribe en la Avenida Pedro de Heredia desde el sector mercado de Bazurto hasta el sector subida a la popa de Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural, así como también a subsanar los posibles defectos que éstas pudiesen presentar.

2. El término de duración del contrato se pactó en 14 meses contados a partir desde el 15 de octubre de 2010, fecha ésta en la que se suscribió el Acta de Inicio de Obra y comprendía una etapa preliminar y una etapa de construcción que culminaría definitivamente el 15 de diciembre de 2011.

3. Como valor total del contrato se fijó la suma de \$29´901.131.594.00.

4. Por medio del parágrafo 2º de la Cláusula No. 25.3 las partes pactaron cláusula compromisoria a través de la cual acordaron someter a conciliación *“Cualquier disputa, controversia o reclamo diferentes de las de carácter técnico, derivada de este contrato”* y que en caso de no llegarse a algún acuerdo en esa etapa se acudiría a un Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad respectiva.

5. En ejecución del contrato se suscribieron dos actas de suspensión, la primera de ellas por el período comprendido entre el 15 y el 21 de diciembre de 2011 y la segunda entre el 22 y 23 de febrero de 2012.

6. El 23 de febrero de 2012¹ se suscribió un OTROSÍ mediante el cual se prorrogó el plazo inicial del contrato en 9 meses y 22 días, acordándose una fórmula para la actualización de precios, el reconocimiento de costos administrativos, del PMA y del PMT por valores equivalentes a un período de 5 meses a cargo de Transcaribe S.A., así como también la ampliación de las garantías de cumplimiento y anticipo.

7. En desarrollo del contrato se presentaron las siguientes circunstancias: i)

¹ Folios 110 a 115 del C. No. 5 de pruebas.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

Demoras en la entrega de predios y zonas de espacio público necesarias para la ejecución de las obras; II) La entrega tardía e inoportuna de información; III) La ocurrencia de hechos ajenos, imprevistos e imprevisibles no imputables al contratista que le impidieron implementar el Plan de Manejo Tráfico; IV) Sobrecostos por la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales que se cancelaron de forma extemporánea; V) Descuentos injustificados por parte de la interventoría en la calificación socio ambiental del consorcio; VI) La terminación unilateral del contrato por el contratista; VII) ajustes, descuentos y retenciones efectuados en el acta de liquidación por la contratante; VIII) La negativa de la contratante para recibir los materiales que se encontraban en el almacén al liquidarse el contrato; y IX) La afectación de la buena imagen del contratista.

8. El 25 de noviembre de 2011² las sociedades **Assignia Infraestructuras S.A-** y **Concretos Asfaltos de Colombia S.A.- Concescol S.A.**, todas éstas integrantes del consorcio **Cartagena 2010**, instauraron demanda arbitral contra la **Alcaldía de Cartagena, Distrito Turístico y Cultural** y la **Sociedad Transcribe S.A.**, quienes la contestaron por medio de escritos del 10 de abril de 2012³ y del 18 de abril de 2012⁴, respectivamente.

8.1. Posteriormente, las Sociedades integrantes del consorcio Cartagena 2010, con fundamento en los hechos que atrás se sintetizaron presentaron reforma integral de la demanda⁵ convocando cómo única demandada a la Sociedad **Transcribe S.A.**, pidiendo que se declarara el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales a su cargo con ocasión del contrato No. TC-LPI-001-2010 y del OTROSÍ del 23 de febrero de 2012, la ocurrencia de hechos imprevistos e imprevisibles que impidieron la implementación del Plan de Manejo Tráfico y generaron la suspensión del contrato, la existencia de sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y obras adicionales no canceladas oportunamente, que la interventoría descontó la calificación socio ambiental del consorcio, que no se actualizaron ni se ajustaron los precios del contrato, que el contratista no tenía la facultad de declarar la terminación unilateral del contrato, la causación de perjuicios

² Folios 1 a 147 y 163 del C. Principal No. 1.

³ Folios 322 a 358 del C. Principal No. 1.

⁴ Folios 365 a 415 del C. Principal No. 1.

⁵ Folios 45 a 542 del C. Principal No. 2.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

derivados de los costos financieros de oportunidad, que se declara sin efectos la multa que pretendía imponer la contratante y, finalmente que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Solicitaron, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condenara a la convocada al pago actualizado y con los respectivos intereses moratorios a la tasa prevista en la ley 80/93, de la totalidad de los perjuicios ocasionados por concepto de daño emergente y lucro cesante, de daño moral, así como de las utilidades que resultaren probadas en el proceso para con ello restablecer integralmente el equilibrio económico del contrato.

En subsidio, pidieron que se condenara a la demandada al pago de los intereses moratorios a la tasa más alta aplicable legalmente, o a la tasa que fijada por el tribunal de arbitramento, o a la prevista en el artículo 884 del C.Co. y el valor correspondiente a la actualización del IPC.

Pidieron también que se condenara en costas y agencias en derecho y estimaron la cuantía del proceso en la suma de \$15'125.992.519.

8.1.1. Por medio de escrito del 18 de abril de 2012⁶ **Transcaribe S.A.** presentó demanda de reconvención pidiendo que se declarara la existencia del contrato, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la causación de perjuicios que esto último le ocasionó o, en subsidio, que se condenara a la convocante al pago de la suma pactada a título de cláusula penal; así como también el reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa comercial vigente o a la fijada por el Tribunal de arbitramento.

Pide también la aplicación de las multas previstas en el No. 49.1 Lit. a) y d) del contrato con su registro en el RUP, la compensación en caso de que prosperen total o parcialmente las pretensiones de la demanda principal o la de reconvención y finalmente la condena en agencias en derecho

Estima la cuantía del proceso en la suma de \$4.485.000.000.00.

⁶ Folios 416 a 441 del C. Principal No. 1.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

El consorcio contratista le dio respuesta mediante escrito del 19 de junio de 2012⁷

8.1.1.1. El 28 de noviembre de 2012⁸ **Transcaribe S.A.** reformó parcialmente la demanda de reconvención en el sentido de solicitar que además de las pretensiones invocadas en la principal, también se declarara que el consorcio contratista abandonó la ejecución del contrato, que ésta se encontró en la imposibilidad de cumplirlo por la determinación unilateral del contratista, que éste no tenía la facultad de terminar unilateralmente el contrato y que en consecuencia se le condenara al pago de los perjuicios ocasionados.

En subsidio pidió que se condenara al consorcio contratista al pago de la suma pactada a título de cláusula penal.

Adicionalmente pidió que se condenara al contratista al pago de las sumas previstas en el No. 16 del balance financiero del contrato del acta de liquidación bilateral suscrita entre las partes el 5 de octubre de 2012.

Estimó la cuantía del proceso en la suma de \$8.970.000.000.00.

La convocante le dio respuesta en escrito del 13 de diciembre de 2012⁹, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones la Responsabilidad del Consorcio Cartagena 2010 en el mayor plazo, Responsabilidad del contratista en el no cumplimiento del contrato, Responsabilidad del contratista en la no legalización del Otrosí No. 1 de 2012, Irrelevancia de mayores costos en que pudo haber incurrido el contratista, Excepción de contrato no cumplido, No aplicación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, No idoneidad de las pruebas documentales aportadas en especial las muchas comunicaciones y oficios suscritos por el contratista y enviados a Transcaribe o la Interventoría y de oficio las que el Tribunal encontrara acreditadas y probadas.

9. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo el 5 de mayo de 2014 en el que declaró infundadas las objeciones por error grave presentadas contra algunas de las respuestas del

⁷ Folios 476 a 584 del C. Principal No. 1.

⁸ Folios 55 a 129 del C. Principal N.1.

⁹ Folios 161 a 271 del C. Principal No. 1.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

dictamen pericial técnico, como probadas las tachas por sospecha de los testimonios de los señores Gustavo Pacheco, Juan Carlos Ramón, Amalia Toro y cómo no probada la tacha de falsedad formulado contra ésta y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda principal, pues declaró el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, que no se entregaron oportunamente los predios y zonas públicas requeridas para la realización de las obras, que se vulneraron los principios de planeación e información que impidieron implementar el proceso constructivo inicialmente previsto y el Plan de Manejo de Transporte, la ocurrencia de hechos ajenos de terceros no imputables al contratista, que las suspensiones del contrato son atribuibles a incumplimientos de la contratante, la existencia mayores cantidades de obra y obras adicionales a cargo de la contratista, que se realizaron descuentos injustificados en la calificación socio ambiental del consorcio, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el OTROSÍ, que no se reajustaron los precios iniciales del contrato, que el contratista no tenía la facultad para declarar la terminación unilateral del contrato y, finalmente la improcedencia del descuento de \$2'041.335.286 por concepto de obras no terminadas efectuado injustificadamente por la contratista en el acta final de liquidación bilateral

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato y se condenó a la demandada al pago de la suma de \$10'419.205.943.

Por otro tanto accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de reconvención, pues declaró el incumplimiento de las obligaciones a cargo del consorcio contratista con ocasión del contrato No. LPI-TC-001-2010, que éste abandonó la ejecución del contrato y que no tenía la facultad legal ni contractual para declarar la terminación unilateral del contrato.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones condenó a la convocante al pago de la suma de \$796.826.913, a título de cláusula penal y a la suma de \$1'317.058.083 conforme al No. 16 del acta de liquidación del contrato.

Por último, y a título de compensación condenó a **Transcaribe S.A.** al pago de la suma de \$8'305.320.947 en favor del consorcio demandante y negó la condena en costas y agencias en derecho.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

12. Frente al laudo en mención **Transcaribe S.A.** presentó la solicitud de aclaración, adición y/o corrección del laudo arbitral, las cuales se resolvieron por medio del auto No. 045 del 21 de mayo de 2014 donde el Tribunal sólo estimó procedente la de corrección, argumentando que sí se había incurrido en un error aritmético de resta al proferir algunas condenas sin deducir de éstas el porcentaje equivalente al A.I.U. y, en consecuencia procedió a corregir las sumas respectivas descontando de aquellas que debían incluir el A.I.U. el 31% y de su resultado restando el equivalente al 10%.

De ésta forma, se condenó a la demandada al pago de una suma total equivalente a \$10'085.191.545, y al demandante al pago de las sumas de \$796'826.913, por concepto de cláusula penal y a la suma de 1'317.058.083, conforme al No. 16 del acta final de liquidación bilateral del contrato; para un total de \$2'113.884.996.

A título de compensaciones se condenó a la suma equivalente a \$7'971.306.996.

Como consecuencia de las anteriores correcciones se modificaron los No. cuarto y octavo de la parte resolutive del laudo impugnado, relativo a la condena impuesta a la demandada y compensaciones, respectivamente.

13. Por medio de escrito del 28 de mayo de 2014 la convocada Transcaribe S.A. instauró el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 5 de mayo de 2014 y del auto por el cual se corrigió invocando las causales previstas en los numerales 7º, 8º y 9º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, las mismas previstas en los No. 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998.

14. El 4 de junio de 2014 la Secretaría del Tribunal de Arbitramento remitió el expediente a esta Corporación a efectos de que se le diera trámite al recurso interpuesto.

15. Por medio de auto del 28 de julio de 2014 ésta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió el traslado respectivo para que ambas partes presentaran sus correspondientes alegatos de conclusión.

II. EL RECURSO DE ANULACION



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

El recurrente pide que se anule el laudo arbitral proferido el 5 de mayo de 2014 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1) La causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 también prevista en el No.7º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que ésta circunstancia aparezca de forma manifiesta en el laudo.

Afirma el recurrente que se incurre en fallo en equidad cuando el Tribunal para adoptar su decisión vulnera de manera evidente u ostensible el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia.

Cita apartes de las consideraciones expuestas en la providencia impugnada para señalar que en el presente asunto el Tribunal de arbitramento incurrió en un fallo en equidad al no tener en cuenta la jurisprudencia vigente para declarar que la contratista sí tenía la facultad para terminar unilateralmente el contrato.

Dice que fundó su decisión en la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, siendo aplicable al presente asunto la proferida por el Juez Contencioso Administrativo y conforme a la cual los contratistas no tienen la facultad para terminar unilateralmente los contratos que celebren con las entidades estatales.

De otra parte, estima que las condenas impuestas por concepto de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de implementar el método constructivo ofertado y los derivados de los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia en la obra no tenían sustento probatorio alguno.

Señala que para imponer las condenas el Tribunal sólo tuvo en cuenta la experticia rendida por el Ingeniero Alfredo Malagón, quién no acreditó su idoneidad como contador y estimó el monto de los perjuicios con base en la contabilidad del consorcio y la relación de costos de unos equipos sobre los cuales no se demostró que hubiesen sido arrendados por el consorcio, razón por la cual sus cálculos se fundaron en estimativos e hipótesis ajenas a la realidad.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

En lo relativo a la condena impuesta por perjuicios derivados de los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia en la obra señala que ésta tuvo como base datos errados, totalmente ajenos a la realidad, pues el dictamen contable en que se fundó el Tribunal sólo tuvo en cuenta la contabilidad del consorcio, los costos estimados en la oferta y los ocasionados durante los 19 meses de duración del contrato, sin tener en cuenta que la mayor permanencia abarcaba otro periodo y que no se incluyó el verdadero porcentaje de los costos de administración dentro del A.I.U.

Estima que en la contabilidad del consorcio no se incluyeron los costos por las suspensiones del contrato ordenadas por el juez de tutela y que las consideraciones presentadas por el ingeniero Alfredo Malagón en su dictamen se habían desvirtuado tanto por el dictamen pericial técnico como por la experticia rendida por el ingeniero Jorge Luis Ponce.

Concluye señalando que de las pruebas allegadas se encontraba acreditado que el juez de tutela ordenó la suspensión de las obras de Bazurto, más no del contrato que ahora se revisa, aspecto sobre el cual se presentó solicitud de aclaración y sobre el cual no se pronunció el Tribunal.

2) La causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ahora prevista en el No. 8º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

Manifiesta el recurrente que el Tribunal de arbitramento incurrió en equivocación al realizar la corrección aritmética de las condenas impuestas por los costos de implementación del Plan de Manejo de Tráfico y el Plan de Manejo Ambiental, pues reconoció sumas adicionales a las que no tenía derecho a recibir la demandante.

En lo relativo a los costos de implementación del Plan de Manejo de Tráfico señala que el Tribunal se limitó a restar del monto final de la condena impuesta, (\$471'451.368.44) el 31% (\$146'149.924.21), cuando en realidad la operación que debía realizar era restar del primer monto el equivalente al 31% del A.I.U.,



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

(\$164'136.801,00); o en su defecto no incluir éste porcentaje en el mayor valor por costos de implementación (\$693'610.353).

Al respecto señaló:

*“El Tribunal no hizo la operación de esa manera sino que al valor de la condena (\$471'451.368,44), **luego de haber realizado la resta**, disminuyó el equivalente a 31% (\$146'149.924.21), lo cual genera \$325'301.444,22, que fue la base para la condena (con reducción del 10% y sumada la actualización)”.*

Dice que si se compara la cifra que restó el Tribunal (\$146'149.924.21), con el valor que reconoció por cuenta del AIU (\$164'136.801.00) se evidencia una diferencia de \$17'986.876,79, que es el monto que se está reconociendo de más.

Afirma que el Tribunal realizó un doble pago, pues no se puede reconocer el AIU sobre un costo indemnizable, tampoco se podían reconocer los costos de administración ni las utilidades, pues estas ya se habían reconocido en el laudo durante los 19 meses de duración del contrato.

En cuanto a los sobre costos por la implementación del Plan de Manejo Ambiental, dice que en la sumatoria del monto total se incluyó el equivalente al 31% del A.I.U \$819'340.261, cuando ésta suma debía descontarse al realizar la corrección del laudo, por lo cual el Tribunal estaba reconociendo \$696'771.693,81 de más en favor del demandante.

Por otro tanto manifiesta que el Tribunal también incurrió en disposiciones contradictorias al negar en la parte motiva del laudo el reconocimiento de los costos administrativos por la mayor permanencia en la obra por hechos no imputables al contratista y luego condenó a la demandada por dicho concepto con base en estimativos, hipótesis, presunciones y costos aparentes.

3) La causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ahora prevista en el No. 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Dice que se concedió más de lo pedido al condenar a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de implementar el método constructivo, los derivados de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y los originados en las suspensiones del contrato, pues lo realmente pretendido por la demandante era que fueran reconocidos a cada uno de los integrantes del consorcio y para imponer las condenas el Tribunal se fundó en un dictamen que sólo tuvo en cuenta la contabilidad del consorcio, donde a su juicio no se incluyeron algunos costos y gastos de la contabilidad de cada uno de sus integrantes.

En lo relativo a los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia en la obra precisa que el Tribunal reconoció más de lo pedido al abarcar los 19 meses de duración del contrato cuando sólo debió tener en cuenta el período comprendido entre el 23 de febrero y el 4 de junio de 2012.

4) Respecto de la causal 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ahora prevista en el No. 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento afirma que el Tribunal no se pronunció respecto de la facultad legal de la contratista para terminar unilateralmente el contrato, pues sólo hizo referencia a la facultad contractual derivada de la cláusula 59 del contrato y su aplicación.

Dice que el Tribunal parte de la base de que la contratista tenía la facultad para dar por terminado el contrato unilateralmente, pretermitiendo de ésta manera la postura jurisprudencial vigente de ésta Corporación al respecto.

Por último, señala que lo realmente pretendido era un pronunciamiento sobre la facultad legal más no contractual de la contratista y que el Tribunal incurre en equivocación al utilizar como fundamento de su decisión un fallo proferido por la Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación el 9 de septiembre de 2013, bajo el radicado No. 25681, pues el contrato objeto de revisión en dicha providencia no era un contrato del Banco Mundial.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

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

Inicia su argumentación precisando que para que proceda la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se requiere que el recurrente oportunamente haya puesto en conocimiento del Tribunal los supuestos errores aritméticos o las disposiciones contradictorias.

Trae a cuento unas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación en las que se precisa la noción y requisitos de configuración del error aritmético y las disposiciones contradictorias, a partir de lo cual concluye que si bien el recurrente presentó la solicitud de corrección el 12 de mayo de 2014, los cargos formulados en sede de anulación no se encaminaban a cuestionar errores puramente aritméticos sino la operación matemática efectuada por el Tribunal para descontar el porcentaje del AIU al resolver dicha solicitud.

Adicionalmente señala que los errores que se alegan estaban en la parte motiva y no resolutive del laudo.

En cuanto a las contradicciones relativas al reconocimiento de los costos administrativos precisó que éstas no se alegaron oportunamente ante el Tribunal y que tampoco se había hecho referencia a cuales de las decisiones que contenidas en la parte resolutive se contradecían con su parte motiva e impedían la ejecución del fallo, razones por las cuales la causal alegada no prosperaba por los cargos anotados.

Declara improcedente la causal 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 para lo cual trae a cuento un fallo proferido el 29 de febrero de 2012 por la Sección Tercera de ésta Corporación bajo el Radicado No. 39549, concluyendo que contrario a lo que señalaba el recurrente, el Tribunal sí se había pronunciado sobre la atribución legal y contractual del consorcio contratista para declarar la terminación unilateral del contrato, tanto en la parte motiva mediante los numerales No. 3.13.1. y el No. 4.3., como en la resolutive del laudo impugnado.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

Respecto de la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 estima que de la lectura del fallo no se evidencia de manera clara o manifiesta que se hubiera proferido un laudo en conciencia, pues las decisiones adoptadas por el Tribunal eran producto de la aplicación de las estipulaciones contractuales, de las normas jurídicas y jurisprudencia vigente y de la valoración de las pruebas allegadas al plenario.

Dice que no es cierto que las condenas proferidas por el Tribunal frente a los perjuicios derivados de la no implementación del método constructivo, de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y las suspensiones del contrato hayan sido decisiones emitidas sin pruebas, pues para ello se había tenido en cuenta la experticia rendida por el Ingeniero Alfredo Malagón, razón por la cual lo realmente pretendido por el recurrente era discutir la valoración probatoria y los diferentes elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar sus decisiones.

Por último estima improcedente la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la sección tercera de ésta Corporación y realiza un cuadro comparativo entre lo pretendido en la demanda principal y lo resuelto, para luego concluir que el Tribunal de Arbitramento sí se había pronunciado sobre todos los puntos sujetos a su conocimiento, dentro de su competencia y conforme a lo planteado en la demanda que convocó su conformación.

Dice que tampoco se configura la causal de anulación a la que se alude por el sólo hecho de haberse proferido las condenas con fundamento en la contabilidad del consorcio y no de la de cada uno de los miembros que la integran, pues conforme a la normatividad y jurisprudencia vigente ésta era la contabilidad que debía tenerse en cuenta.

Concluye señalando que los demás argumentos esbozados por el recurrente frente a las sumas reconocidas no reflejan una incongruencia entre las pretensiones y las decisiones adoptadas, sino que se constituían en una crítica a la decisión y el análisis probatorio efectuado por el Tribunal de arbitramento para adoptar su decisión.



Expediente: 51.304
 Recurso de Anulación
 Sentencia

IV. CONSIDERACIONES.

1. Ya en anteriores oportunidades¹⁰ 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 compiló 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

¹⁰ 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).



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

Se torna necesario precisar en este punto que con la expedición de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 *“Por medio de la cual se Expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”* los recursos de anulación de laudo arbitral cuyo proceso se hubiere iniciado con posterioridad a su vigencia se regirán por dicho estatuto, razón por la cual las causales de anulación de laudo ahora se encuentran incorporadas en su artículo 41.

No obstante lo anterior teniendo en cuenta que por medio del artículo 119 del Estatuto al que se alude se precisó que éste empezaría a regir 3 meses después de su promulgación, esto es, desde el 12 de octubre de 2012 y que el proceso que dio lugar al presente litigio se inició el 25 de noviembre de 2011, le son aplicables las normas previstas en el Decreto 1818 de 1998.

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 invoca.¹¹

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 aduce.

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 alega.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

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 el nombre o denominación que se le dé.

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 señalado¹²:

“(...)En el sistema jurídico colombiano la calificación “en conciencia” fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento¹³ para referirse a una de las modalidades

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Expediente 38.621.

¹³ 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



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión “en equidad.”¹⁴

Hoy la ley¹⁵ 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 igualdad¹⁶ 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.¹⁷

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.¹⁸

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.¹⁹

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 inicua 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.²⁰

(...)

(...) 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

¹⁴ 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.

¹⁵ Ley 446 de 1998, artículo 111.

¹⁶ P. G. CARON. “Aequitas” Romana, “Misericordia” Patristica Ed “Epicheia” Aristotelica Nella Dottrina Dell’ “Aequitas” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ ARISTOTELES. *Ética a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

¹⁹ P. G. CARON. “Aequitas... Opus. Cit., p. 6.

²⁰ Ibidem, p. 98-104.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.²¹

También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio²² o de las normas jurídicas,²³ por la ausencia de razonamientos jurídicos²⁴ o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.²⁵

*(...) 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

²¹ Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

²² Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

²³ Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

²⁴ Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

²⁵ Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

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.

Tampoco resulta viable que se discuta por vía de la causal a la que se alude el contenido de las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para adoptar su decisión, ni mucho menos que por vía de sus argumentos se pretenda revivir un nuevo debate probatorio sobre puntos ya resueltos.

4. El numeral 7º del artículo 163 del Decreto No. 1818 de 1998 prevé como causal de anulación *“Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”*.

De la sola lectura de la causal se tiene que el legislador indicó 2 supuestos o hipótesis de configuración, esto es, la existencia de errores aritméticos o la de disposiciones contradictorias en la parte resolutive del laudo, así como también 1 requisito de procedibilidad consistente en que dichas circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento.

Así las cosas, para que sea procedente el estudio de la causal a la que se alude se requiere que en la parte resolutive del laudo existan errores aritméticos o disposiciones contradictorias y que estas circunstancias se hayan planteado oportunamente ante el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias, por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Lo anterior a efectos de permitir que el funcionario que profirió la decisión tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores aritméticos en que incurrió o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo²⁶ y para verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad previamente a la interposición del recurso de anulación respectivo.

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

Ahora, conforme lo establecía el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y hoy el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual es improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético se pretenda reformar o revocar el fallo o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el juez arbitral por la simple inconformidad que se tiene con la fórmula utilizada.

En lo relativo a las disposiciones contradictorias, ésta Corporación ha señalado que:

“Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución.

Por consiguiente la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutive o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutive.

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutive toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 25021.



Expediente: 51.304
 Recurso de Anulación
 Sentencia

Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutive cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutive porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutive toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido”.

Es de precisar en éste punto que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético que formule el recurrente deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de 4 operaciones matemáticas, más no a interpretaciones jurídicas sobre la forma en que el Tribunal debía realizar los cálculos o la fórmula u operación matemática que debía aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.²⁷

5. 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 281 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

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1408 del 25 de abril de 2002.



Expediente: 51.304
 Recurso de Anulación
 Sentencia

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.”²⁸*

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.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de mayo 9 de 2011, Expediente No. 40.193.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

*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...*²⁹

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 compromiso*³⁰.

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.

6. El numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación del laudo arbitral el *“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”*

La causal se configura cuando el fallador incurre en un vicio *in procedendo* que se conoce normalmente como fallo *citra petita*³¹ y que consiste en que aquel no resuelve sobre todas las pretensiones que se le presentaron en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones que propuso el demandado o que encontró probadas.

²⁹ Artículo 281.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Expediente 46.696.

³¹ La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.



Expediente: 51.304
 Recurso de Anulación
 Sentencia

Y es que, en relación con el último evento que se acaba de mencionar, el juzgador tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del código General del Proceso, preveía y prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.

Para establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto.

7. 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 los numerales 6º, 7º, 8º y 9º 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”, “contener la parte resolutive del laudo errores aritmético o disposiciones contradictorias siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”, “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.” y, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*”

7.1. Funda la primera causal esgrimida, esto es la del numeral 6º, en que el Tribunal desconoció el ordenamiento jurídico vigente para adoptar su decisión, profirió condenas sin sustento probatorio, sólo tuvo en cuenta un dictamen pericial que presentaba notables falencias y no le otorgó valor probatorio a otras pruebas.

En efecto, señala el recurrente en primer lugar que el Tribunal incurrió en fallo en equidad al desconocer la jurisprudencia vigente al declarar que el contratista sí tenía la facultad para terminar unilateralmente el contrato.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Al revisar el laudo impugnado se observa que pareciera que el ahora recurrente no efectuó una lectura detenida del mismo pues, contrario a lo que afirma, el Tribunal no declaró que el consorcio contratista sí tuviera la facultad para dar por terminado el contrato, sino todo lo contrario, al respecto señaló:

*“(...) concluye el Tribunal que el Consorcio Cartagena 2010 tenía la facultad contractual para terminar unilateralmente el contrato de obra pública No. LPI-TC-001-2010, **siempre que primeramente obrara con sujeción a las condiciones pactadas en él y, en ausencia de éstas, con sujeción a las condiciones de la ley aplicable, según el orden de prelación normativa.***

***Desde ésta perspectiva considera el Tribunal que no puede prosperar la pretensión vigésima novena de la demanda principal, pues no basta que existiera un incumplimiento fundamental para que el contratista pudiera terminar el contrato, pues era necesario que dicho incumplimiento estuviera calificado de fundamental por el contrato, o si ello no era así, que tal calificación le fuera otorgada por el interventor**³² (Subrayado propio).*

Ahora, si lo pretendido por el consorcio demandante mediante la pretensión vigésima primera de la demanda arbitral era que se declarara que sí tenía la facultad para terminar unilateralmente el contrato y el Tribunal la declara impróspera, lógicamente se deduce que éste no declaró que tuviese dicha facultad, por el contrario preciso que conforme a la normatividad que rige la convención sí podría hacerlo siempre y cuando se dieran las condiciones legales y contractuales para ello, lo que no ocurrió en el presente asunto.

Tampoco es cierto que el Tribunal no tuviera en cuenta la jurisprudencia vigente al respecto, por el contrario hizo referencia a un fallo proferido por la Sección Tercera de ésta Corporación para precisar que la postura allí adoptada no podía ser aplicable al presente asunto en tanto no se analizaba en el caso un contrato financiado por un organismo multilateral.

³² Folio 461 del C. No. 1



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Pues bien, nótese que la decisión del Tribunal con tales razonamientos no puede ser en equidad al prescindir del régimen jurídico aplicable o de las pruebas allegadas, pues precisamente, para decidir tal como decidió, tuvo en cuenta las normas jurídicas y la jurisprudencia que consideró pertinentes para el caso.

7.1.1. En segundo lugar afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 6 al proferir condena por los costos derivados de la imposibilidad de implementar el método constructivo presentado en la oferta y por los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia en la obra, sin tener en cuenta ninguna prueba para ello.

Luego se contradice señalando que sólo se tuvo en cuenta la experticia rendida por el Ingeniero Alfredo Malagón.

Revisado el laudo impugnado encuentra la Sala que tampoco le asiste razón al recurrente, pues el Tribunal para proferir condena por los costos derivados de la imposibilidad de implementar el método constructivo no sólo tuvo en cuenta el régimen legal aplicable al contrato,³³ sino también el dictamen pericial del Ingeniero Manuel Guillermo Alfaro³⁴ y los dictámenes periciales rendidos por el Ingeniero Alfredo Malagón y la perito Ana Matilde Cepeda quien corroboró el anterior³⁵ y las estipulaciones del pliego de condiciones.

En cuanto a la condena impuesta por los sobrecostos administrativos por la mayor permanencia en la obra, encuentra la Sala que el Tribunal para adoptar su decisión no sólo tuvo en cuenta los dictámenes periciales³⁶, sino también las estipulaciones contractuales del Otrosí No. 1,³⁷ algunas pruebas testimoniales, comunicaciones y el régimen legal aplicable³⁸.

7.1.1.1. En tercer lugar alega el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 6º al imponer las condenas por los conceptos referidos con fundamento en la experticia que rindió el ingeniero Alfredo Malagón, cuyo contenido fue desvirtuado

³³ Folios 364 a 369 del C. No. 1

³⁴ Folio 402 a 403 del C. No. 1

³⁵ Folio 487 a 491 del C. No. 1

³⁶ Folios 425 a 427 del C. No. 1

³⁷ Folio 441 del C. No. 1

³⁸ Folios 442 a 444 del C. No. 1



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

por las demás pruebas periciales allegadas y donde sólo se tuvo en cuenta la contabilidad del consorcio, no se incluyeron los costos derivados de las suspensiones del contrato originadas en acciones de tutela y el perito no acreditó la idoneidad en la que actuaba.

De la sola lectura de los cargos se evidencia que no tienen relación alguna con la causal que ahora se alega, pues el recurrente lo que expresa es la inconformidad que tiene respecto del contenido de la prueba pericial rendida por el ingeniero Alfredo Malagón y el valor probatorio que el Tribunal le otorgó a éste, lo que en definitiva no estructura la causal de haberse proferido un fallo en equidad y no en derecho.

Ahora, si bien ésta circunstancia es ya razón suficiente para desestimar el cargo por los motivos que se aducen, es de anotar que no es cierto que el contenido del dictamen pericial del Ingeniero Alfredo Malagón haya sido desvirtuado por las demás pruebas periciales allegadas, pues de la lectura tanto de la experticia rendida por el Ingeniero Jorge Luis Ponce Rodríguez³⁹, como la de la perito Ana Matilde Cepeda⁴⁰ y del perito técnico Oscar Javier Díaz⁴¹ lo que se evidencia es que si bien se realizaron algunas precisiones respecto de algunos puntos, jamás se desvirtuó su contenido.

Por último, es de anotar que tampoco es cierto que el Ingeniero Alfredo Malagón no haya tenido en cuenta en su experticia los costos derivados de las suspensiones del contrato ordenadas mediante acciones de tutela, pues de la lectura del dictamen se tiene que estos si fueron incorporados y contabilizados en su análisis⁴².

Así las cosas, ésta Sala comparte las consideraciones esbozadas por la vista del Ministerio Público 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, ya que 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

³⁹ Folios 144 a 183 del C. No. 1

⁴⁰ Cuaderno No. 2 de pruebas

⁴¹ Cuaderno No. 13 de pruebas

⁴² Folios 130 a 141 del C. No. 7 de pruebas.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

ahora venir a pretender el recurrente 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 .

Las consideraciones expuestas son motivo suficiente para desestimar la causal que ahora se analiza

8. En lo que atañe a la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, *“contener la parte resolutive del laudo errores aritmético o disposiciones contradictorias siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.”*

En primer lugar el cargo lo sustenta argumentando que el Tribunal al corregir el monto de la condena impuesta por concepto de perjuicios derivados de la imposibilidad de implementar el Plan de Manejo de Tráfico se limitó a restar del monto final de la condena impuesta \$471´451.368.44 el 31% \$146´149.924.21 cuando en realidad la operación que debía realizar era restar del primer monto el equivalente al 31% del A.I.U.\$164´136.801,00; o en su defecto no incluir éste porcentaje en el mayor valor por costos de implementación \$693´610.353, razón por la cual se le estaría reconociendo al demandante \$17´986.876,79 de más.

Refiere las mismas consideraciones respecto de la condena impuesta por los costos derivados de la implementación del manejo ambiental, pues estima que a la suma de \$2´643.033.099 no se le debía incluir el porcentaje relativo al 31% del A.I.U, esto es, \$819´340.261, sino que a dicha suma se le debía descontar directamente los ingresos de la contratista, esto es, \$2.452´559.310, pero que el Tribunal al limitarse a descontar ése 31% del monto final estaría reconociendo de más \$ 696´771.693.81 en favor del contratista.

8.1. De los cuestionamientos que formula la recurrente y que escuda bajo la causal 7ª que ahora se revisa, se tiene que lo realmente pretendido es controvertir o expresar su inconformidad con la fórmula matemática utilizada por el Tribunal de arbitramento para corregir los montos de las condenas fijadas en el laudo que ahora se impugna, lo cual es totalmente ajeno al recurso de anulación.



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

En efecto, para la Sala resulta incuestionable que lo realmente pretendido por la recurrente es que se modifique el *quantum* de las condenas impuestas por los conceptos referidos o, lo que es lo mismo que esta Sección revise nuevamente el procedimiento utilizado por el Tribunal de arbitramento y las pruebas que tuvo en cuenta para determinar los montos respectivos, cuestión del todo improcedente en un recurso de anulación que se edifica sobre la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Pero además, se cuestiona la Sala en éste punto la razón por la cual el recurrente alega error aritmético únicamente respecto de las condenas impuestas por concepto de costos de implementación del Plan de Manejo del Tráfico y los derivados de la implementación del Plan de Manejo Ambiental, pues lo razonable es que si en realidad se estimara que el Tribunal incurrió en un yerro de éste tipo se discutiera también el valor de las demás condenas impuestas.

Ahora, nótese que la argumentación de la impugnante se resume en que ella considera que a las condenas impuestas por los conceptos referidos se les debe restar el 31% equivalente al A.I.U., luego lo presentado como un error aritmético en verdad no lo constituye porque no se refiere a un yerro en el resultado al efectuar alguna de las operaciones aritméticas sino a las cantidades que la impugnante considera que deben ser canceladas a la contratista por concepto de costos derivados de la implementación del Plan de Manejo Técnico y del Plan de Manejo Ambiental.

8.2. Por otro lado manifiesta que el Tribunal también incurrió en disposiciones contradictorias, pues si bien en la parte motiva del laudo negó el reconocimiento de los costos administrativos derivados de la mayor permanencia en la obra por hechos no imputables al contratista, profirió condena por dicho concepto con base en estimativos, hipótesis, presunciones y costos aparentes.

De inmediato se evidencia que este motivo no tiene relación alguna con la causal que ahora alega pues el recurrente en realidad se duele de la valoración jurídica y probatoria que hizo el Tribunal para proferir un fallo condenatorio en su contra, lo que definitivamente no estructura la causal que ahora se revisa.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Además la supuesta disposición contradictoria que se alega tampoco se encuentra prevista en la parte resolutive del laudo que ahora se impugna, sino en su parte motiva, circunstancia ésta que conduce a que se rechace de plano el cargo que se alega.

Así las cosas resulta claro que las razones que se aducen no configuran la causal que se alega y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar.

9. Con fundamento en 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”*, la convocada impugna el laudo porque a su juicio en tribunal concedió más de lo pedido.

Se funda esta causal en que a juicio de la recurrente lo pretendido por el convocante era que se condenara a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de implementar el método constructivo, los derivados de los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y los originados en las suspensiones del contrato, en favor de cada uno de los integrantes del consorcio y que el Tribunal al imponer las condenas por dichos conceptos con fundamento en un dictamen pericial que sólo tuvo en cuenta la contabilidad del consorcio no atendía a lo realmente pretendido por la demandante.

Afirma también que el Tribunal no tuvo en cuenta que algunos costos y gastos previstos en la contabilidad de cada una de las sociedades que integran el consorcio, no se encontraban incorporados en la contabilidad de éste.

9.1. Semejante argumentación lo que pone en evidencia es que el cargo no está llamado a prosperar.

En efecto, y empezando por la afirmación que hace el recurrente que algunos costos y gastos que incluidos en la contabilidad de cada una de las sociedades del consorcio, no se encuentran incorporados en la contabilidad de éste, que fue el que tuvo en cuenta el Tribunal para adoptar su decisión, mal podría pensarse que se está concediendo más de lo pedido por la demandante.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

Bajo éste entendimiento, se torna evidente para la Sala que lo realmente pretendido por la recurrente es discutir la valoración probatoria efectuada por el Tribunal para adoptar su decisión y que se modifique el quantum de las condenas que le fueron impuestas, lo cual es totalmente ajeno en sede de anulación, pues se repite éste no se constituye en una segunda instancia.

Así las cosas, para la Sala es claro que en este caso 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 para que con ello se reduzcan los montos de las condenas que le fueron impuestas, 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.

10. Con fundamento en la causal prevista en el numeral 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento”* la convocada impugna el laudo porque a su juicio el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre la facultad legal de la contratista para terminar unilateralmente el contrato.

Revisado el laudo que ahora se impugna, se encuentra que no le asiste razón al recurrente el afirmar que el Tribunal no se pronunció sobre dicha facultad, con lo que también incurriría en contradicción con las argumentaciones expuestas al sustentar la causal 6ª de anulación, pues allí señaló el recurrente que el Tribunal de arbitramento había vulnerado el ordenamiento jurídico al declarar que la



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

contratista sí tenía la facultad para terminar unilateralmente el contrato, afirmación totalmente ajena a la realidad, tal como se expuso en el acápite respectivo.

Adicional a lo anterior se tiene que el Tribunal de arbitramento sí se pronunció sobre la facultad legal de la contratista para dar por terminado unilateralmente el contrato, para lo cual no sólo realizó un estudio detallado del régimen especial aplicable al contrato,⁴³ sino también de las estipulaciones contractuales referidas a dicha facultad y las condiciones para su procedencia⁴⁴ y la jurisprudencia aplicable al respecto,⁴⁵ para luego concluir que el contratista no ostentaba dicha facultad en tanto no se habían reunido los requisitos legales y contractuales para su procedencia.

Así las cosas, para la Sala es evidente que nuevamente lo realmente pretendido por la recurrente es mostrar su inconformidad con lo resuelto por el tribunal y que por vía de anulación se modifique el fallo impugnado a su favor.

Nuevamente se reitera 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.

11. 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.

⁴³ Folios 364 a 369 del C. No. 1

⁴⁴ Folios 456 a 458 del C. No. 1

⁴⁵ Folios 458 a 461 del C. No. 1



*Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia*

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 la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000).

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuesto por la convocada **Transcaribe S.A.** contra el laudo arbitral del 5 de mayo de 2014 y el Auto No. 46 del 21 de mayo de 2014 por el cual se corrigió, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre ésta y el **Consorcio Cartagena 2010**, conformado por las sociedades **Assignia Infraestructuras S.A.-** y **Concretos Asfaltos de Colombia S.A.- Concrecol S.A.** con ocasión del contrato de obra No. TC-LPI-001-2010 celebrado entre las partes el 5 de agosto de 2010.

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.



Expediente: 51.304
Recurso de Anulación
Sentencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

F.A