



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017).

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-2016-00093-00(57.350)

CONVOCANTE: ESTACIONES METROLÍNEA LTDA

CONVOCADO: METROLÍNEA S.A.

REFERENCIA: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RECURSO DE ANULACIÓN-No constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES-No es una segunda instancia. CASUAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Fallo en conciencia o equidad debiendo ser en derecho. FALLO EN CONCIENCIA-El Juez sigue las determinaciones de su fuero interno. FALLO EN EQUIDAD-El juez inaplica la ley por inicua o falla por fuera del ámbito de la ley. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD-No corresponde a los costos de inversión de recursos en una actividad. CASUAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-No mencionar todos los dictámenes periciales no configura fallo en conciencia. CASUAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-No configura fallo en conciencia la tasación del costo de oportunidad con fundamento en el artículo 1617 del Código Civil. CASUAL 8 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. CASUAL 8 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Las contradicciones contenidas en la parte resolutive deben hacer imposible la ejecución simultánea de sus disposiciones. CASUAL 8 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-La contradicciones en la parte motiva deben influir en la parte resolutive.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la sociedad Metrolínea S.A., en contra del laudo de 18 de febrero de 2016, que declaró



el incumplimiento del contrato de concesión M-LP-001-2008, la validez de su terminación bilateral, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda principal y negó las de la reconvención.

SINTESIS DEL CASO

La convocada interpuso recurso de anulación en contra del laudo proferido por el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias con ocasión del contrato de concesión de concesión M-LP-001 de 2008, celebrado entre las sociedades Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Limitada.

ANTECEDENTES

I. El contrato

El 18 de noviembre de 2008, las sociedades Metrolínea S.A y Estaciones Metrolínea Limitada celebraron contrato de concesión M-LP-001-2008 para la construcción de la estación cabecera, los patios de operación y talleres de Floridablanca del sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana de Bucaramanga.

II. Pacto arbitral

Las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula 72 del contrato M-LP-001-2008:

Cláusula 72. Cláusula compromisoria:

Cualquier divergencia que surja entre las partes que no sea posible solucionar mediante la transacción o conciliación, será dirimida por un tribunal de arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

El tribunal de arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el



Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 o por las normas que los adicionen, modifiquen o complementen.

El tribunal de arbitramento sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.

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

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuera necesario para la producción del laudo respectivo.

En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación de lo efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas al arbitramento.

Las tarifas de los árbitros serán las determinadas por el Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga (f. 163 c. 19)

III. La demanda arbitral

El 15 de agosto de 2014, la sociedad Estaciones Metrolínea LTDA presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el contrato de concesión de concesión M-LP-001-2008. El 15 de abril de 2015, la demanda fue reformada.

En apoyo de las pretensiones, la sociedad convocante afirmó que Metrolínea incumplió el contrato de concesión pues no entregó en su totalidad el predio sobre el cual se debían ejecutar las obras, situación que implicó su paralización; no se hizo cargo de los riesgos que pudieran afectar el funcionamiento del sistema, lo que produjo la disminución de la tasa de retorno de la inversión y no asumió la actividades de gestión del sistema de transporte masivo, lo que afectó de forma negativa la prestación del servicio. Resaltó que tampoco cumplió los acuerdos contenidos en el acta de terminación relativos al reconocimiento de las actividades cumplidas conforme a la cláusula 64.2 del contrato; el pago de algunos gastos causados por la administración del patio provisional, por obras



complementarias y seguros y por la mora en la recepción de las obras en el estado en el que se encontraban. Por ello, pidió la liquidación judicial del contrato.

IV. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda

El 5 de noviembre de 2014 se celebró la **audiencia de instalación** del Tribunal de Arbitramento, se admitió la demanda y se ordenó su notificación personal.

V. La oposición de la convocada

La sociedad Metrolínea S.A., en la **contestación a la demanda y a su reforma**, sostuvo que los actos administrativos que negaron las solicitudes de la convocante se presumen legales; que las reclamaciones se refieren a aspectos no consignados en el acta de terminación; que como el contrato suscrito fue de obra pública y no de concesión solo pueden reclamarse los costos directos y necesarios para la ejecución de las obras; que la obligación de reparación se limita al punto de pérdida; que la convocante aceptó, en el acta de terminación, el pago exclusivo de los costos directos y necesarios para la ejecución de las obras; que la cláusula del artículo 64.2. era nula e inaplicable; que cumplió la obligación de recibir el terreno en el que funcionó el patio taller y que no existe obligación a su cargo en cuanto los riesgos de implementación y variación de la tarifa.

VI. Demanda de reconvención y oposición

La entidad convocada, en la **demand a de reconvención**, pidió que se declarara que el contrato suscrito era de obra pública, cuya terminación ocurrió por hechos imprevistos y ajenos al comportamiento de las partes; que se declarara ineficaz e inaplicable la cláusula contenida en el artículo



64.2 relativa a los reconocimientos por terminación anticipada del contrato; que solo está obligado al pago de los costos directos y necesarios para la ejecución de las obras y que no asumió obligación de compensar las obras ejecutadas en el patio taller y que la convocante permitió que el arrendatario del predio donde funciona el patio provisional impusiera condiciones excesivamente onerosas.

En el término de traslado de la demanda de reconvención, la sociedad convocante expuso que el contrato celebrado es de concesión; que incluso en los contratos de obra la convocada ha reconocido costos de administración del 30% y utilidades del 5%; que los montos de la liquidación propuestos incluyen los componentes de la fórmula de compensación por terminación anticipada previstos en la cláusula 64.2 y que tiene derecho a los valores por las inversiones efectuadas necesarias para ejecutar el objeto contractual y el valor de los costos administrativos.

VI. El laudo arbitral recurrido

El 18 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral dictó el laudo que se recurre, el cual fue aclarado y corregido mediante providencia de 9 de marzo siguiente. Accedió parcialmente a las pretensiones, pues se acreditó el incumplimiento del contrato de concesión porque la convocada no hizo entrega del predio respectivo para adelantar las obras. Asimismo encontró probado que la terminación se produjo como consecuencia de la suspensión del contrato por dos meses según la cláusula 63.6, por una decisión adoptada en una acción popular; que como las partes acordaron la aplicación de la cláusula de compensación prevista en el artículo 64.2 del contrato, los valores adeudados responden a la aplicación de los componentes de la fórmula de compensación allí previstos; que Metrolínea debió reconocer los costos directos e indirectos en que incurrió el contratista para la ejecución de la obra, en especial el financiero y el de oportunidad; que se encuentra en



6

Expediente nº. 57.350
Convocante: Estaciones Metrolínea LTDA.
Niega recurso de anulación

mora de recibir y hacerse cargo de los bienes sobre los que recaía la concesión; que el convocante tiene derecho al pago de las actividades realizadas con posterioridad a la terminación del contrato relativas al patio taller, la custodia del predio en la zona de influencia la obra y la renovación de la pólizas de seguro. Ordenó la liquidación del contrato.

VII. La impugnación y concepto del Ministerio Público

La convocada en el recurso de anulación propuso las causales de los numerales 7º y 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Las razones del recurso, oposición y análisis de las causales se harán en la parte considerativa de esta providencia. El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, de conformidad con el artículo 149 numeral 7º de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3 del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, porque el laudo arbitral fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de concesión M-LP-001-2008, en el cual la parte convocada es una entidad pública.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configuran las causales del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral previstas en los numerales 7º y 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.



El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales

2. El recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria¹.

Primer cargo: “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (Numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Sustentación

Según la recurrente el Tribunal Arbitral profirió un fallo en equidad al interpretar y aplicar la cláusula 64.2 del contrato, en contravía de su texto y contenido vinculante, pues incluyó los costos de financiación, de endeudamiento, directos e indirectos y por pérdida de oportunidad en la fórmula allí pactada, aun cuando no correspondían a las actividades que el concesionario realizó en la etapa de construcción del proyecto.

En cuanto al costo de oportunidad, estimó la decisión fue en conciencia y equidad pues su reconocimiento no fue pactado en el contrato, no obraba prueba de su configuración, no existía justificación legal para ese reconocimiento y se tasó en el 6% anual sobre el valor de los aportes de la convocante, cuando el artículo 1617 del Código Civil dispone que ese porcentaje es exclusivo para el pago de obligaciones dinerarias.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, Rad. 29.476 y 32.398.



Oposición

La convocante expuso que los argumentos del recurso demuestra la inconformidad con la interpretación que hizo el Tribunal Arbitral de la cláusula 64.2 del contrato, que la decisión referida en el recurso fue retirada del ordenamiento jurídico mediante la sentencia SU-173 de 2015 de la Corte Constitucional y que el fallo se fundamentó en el derecho positivo aplicable, en el contrato y su interpretación y en las pruebas practicadas.

Análisis de la Sala

3. La causal prevista en el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 hacía referencia únicamente a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, a diferencia de la actual disposición, en la que el juicio de anulación también resulta procedente en los eventos en que el fallo fue proferido en equidad².

El fallo en conciencia no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada³.

A su vez, el fallo en derecho se apoya en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que integran el ordenamiento jurídico y que constituyen el marco de referencia de la decisión. El juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias de 7 de marzo de 2016, Rad.51.860 y de 13 de abril de 2016, Rad. 54.405.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 1999, Rad.15.623 y de 16 de abril de 2000, Rad. 18.411.



sana crítica y podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia.⁴

La Sala ha precisado que solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que debe acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia y que si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.⁵

Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros *in procedendo* y no *in iudicando*.⁶

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error *in iudicando* sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario.

Con todo, se configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso:

(...) [S]i los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2012, Rad. 42.126.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591; de 14 de junio de 2001, Rad. 19.334; de 24 de mayo de 2004, Rad. 26.287; de 5 de julio de 2006, Rad. 16.766; de 18 de junio de 2008, Rad. 34.543 y de 23 de abril de 2009, Rad. 35.484.



*un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio.*⁷

La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en el fallo hace procedente la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto⁸.

Los fallos en equidad se presentan cuando el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, porque la considera inicua o conduce a una iniquidad, o cuando busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Según la jurisprudencia, en ninguna de tales hipótesis el juzgador puede prescindir de la motivación o de las pruebas, pues en tal evento ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de esta naturaleza están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, cuando el juez decide con sustento en las reglas jurídicas, acude en apoyo a principios generales del derecho y valora el acervo probatorio, su fallo será en derecho y no en conciencia.

4. En sentir del recurrente el laudo se profirió en equidad pues se desconoció el sentido de la cláusula 64.2 al incluir en la fórmula allí prevista los costos financieros, de endeudamiento, indirectos, directos y porque, frente al costo de oportunidad, no se tuvo en cuenta que no fue pactado en el contrato, se desconoció la prueba pericial y se aplicó la tasa de interés del 6% anual del artículo 1617 del Código Civil para su cuantificación.

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, Rad. 10.468 y sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad. 22.191.



La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (i) presupuestos procesales; (ii) la excepción sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos negativos e imposibilidad de reclamar incumplimientos por ausencia de salvedades; (iii) la valoración de las pruebas documentales, interrogatorio de parte, testimonios, pruebas periciales y fotografías; (iv) la naturaleza del contrato suscrito, respecto del cual concluyó que su era de concesión; (v) las razones que dieron lugar a la terminación del contrato, según el contenido de dicho acuerdo; (vi) lo probado frente a la entrega del predio y el incumplimiento del contrato; (vi) el incumplimiento de las prestaciones derivadas de la terminación anticipada del contrato; (vii) la no recepción de los bienes, las prestaciones relativas ciertas actividades que realizó la convocante luego de la terminación anticipada del contrato; (viii) Las pretensiones relativas a la variación de tarifas y riesgos de implementación; (ix) la liquidación del contrato y los intereses y costos de financiación y (x) las condenas frente a los probado y decidido.

El Tribunal Arbitral hizo su estudio en capítulos organizados temáticamente según las pretensiones y excepciones, definió las obligaciones de las partes, con fundamento en su interpretación sobre lo acordado en el contrato y en el acta de terminación anticipada y, a partir de ello, estableció los incumplimientos que se probaron y el monto de los perjuicios con fundamento en algunos de los dictámenes.

5. En cuanto a la inclusión de ciertos costos y gastos, en especial los financieros y de endeudamientos, la Sala considera que los argumentos del censor develan su inconformidad con la interpretación que el Tribunal arbitral hizo de la cláusula 64.2 del contrato en cuanto a los componentes de la fórmula allí pactada.



En efecto, en la decisión se hizo una interpretación de dicha cláusula y de las contenidas en los artículos 5 y 51 del contrato, para determinar los componentes necesarios para la liquidación de la condena. El procedimiento de raciocinio sobre el pacto de las partes, contenido en el contrato y en el acta de terminación, le permitió concluir que se deberían incluir, en el artículo 64.2, todos los costos en que incurrió el convocante, dentro de los cuales debían tenerse en cuenta los financieros por intereses de la deuda y los derivados del apalancamiento con recursos propios, directos e indirectos (f. 8245 a 8250 c. ppal.).

Esta circunstancia no configura las hipótesis de fallo en conciencia o equidad, pues es propio del juez del contrato, desentrañar el sentido de lo pactado, con base en las reglas particulares de interpretación del Código Civil (arts 1618 a 1624).

En tal virtud, los razonamientos de la recurrente corresponden con repararos en la interpretación de la cláusula contractual y del acta de terminación anticipada, que escapan a la competencia del juez del recurso de anulación.

6. Frente a la tasación del perjuicio por costo de oportunidad, la Sala encuentra que tampoco se configuró fallo en equidad o en conciencia. En efecto, en el laudo se aprecia que el Tribunal estimó que este perjuicio estaba incluido en la fórmula prevista en el artículo 64.2, conforme con la interpretación que le dio a lo pactado.

El Tribunal Arbitral se apartó del dictamen pericial de IKON Banca de Inversión S.A.S (f. 8349 c.ppal.) en cuanto a la forma de cálculo de ese perjuicio, al razonar que el método contenido en la prueba pericial (CAPM), en su opinión, no reflejó la situación financiera del país y, por ende, no era aplicable para la tasación del perjuicio.



13
Expediente nº. 57.350
Convocante: Estaciones Metrolínea LTDA.
Niega recurso de anulación

Con apoyo en varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Tribunal precisó que ese perjuicio no correspondía al concepto de pérdida de oportunidad sino a los costos de invertir recursos propios en determinada actividad, respecto de los cuales debe reconocerse su actualización y el interés previsto en el artículo 1617 del Código Civil.

La decisión de anulación de laudo arbitral referida en el recurso no resulta aplicable por dos motivos. El primero porque fue dejada sin efecto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-173 de 2015, corporación que consideró que la anulación no era procedente porque el fallo arbitral no fue proferido en conciencia y, el segundo, porque resolvió un supuesto distinto, pues se analizó si configuró fallo conciencia el hecho de que se tazara la indemnización por la utilidad del concesionario por el componente de operación y mantenimiento que tendría el contratista por la ejecución de lo pactado y no por el costo de oportunidad del dinero.

En este caso, no se trata de tasar este perjuicio por la utilidad del proyecto, sino del costo de invertir el dinero cuya indemnización debe hacerse en aplicación de la regla de los intereses legales. Según la jurisprudencia, este costo corresponde al reconocimiento de los intereses por la inversión del dinero, conforme el pacto de las partes y, en su defecto, de acuerdo a las reglas legales.⁹

Como la decisión del Tribunal Arbitral supuso un análisis del contrato y del acta de terminación anticipada, y la regla jurisprudencial para su tasación, es evidente que el fallo fue en derecho.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, Rad. 14.112



En tal virtud, el laudo fue proferido con base en las normas que el Tribunal Arbitral estimó correspondían al régimen jurídico del contrato y en la valoración de las pruebas, sin que en esta sede sea procedente entrar a evaluar la pertinencia del análisis jurídico, como tampoco el mérito que se dio al acervo probatorio, pues ello escapa a las competencias del juez de anulación.

En definitiva, lo que el recurso pretendió fue la intervención en asuntos sustanciales relativos a la valoración de la prueba y los criterios jurídicos para la tasación del perjuicio, aspectos que constituyen errores *in iudicando*.

Por ello, este cargo no está llamado a prosperar.

Segunda carga: “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.” (Numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Sustentación

El censor esgrimió que si bien, en la parte motiva, el Tribunal concluyó que el incumplimiento por la no entrega del predio y el no recibo de los bienes del contrato no generaba indemnización, en la parte resolutive, numeral 3 del literal b del ordinal décimo tercero, decidió que la aplicación de la cláusula 64.2 del contrato imponía el pago de los costos financieros y el costo de oportunidad del capital invertido, circunstancia que conlleva una contradicción en la decisión.



15
Expediente nº. 57.350
Convocante: Estaciones Metrolínea LTDA.
Niega recurso de anulación

Explicó que en el auto que resolvió la solicitud de aclaración del laudo, se dejó claro que la fórmula pactada solo incluía las actividades de construcción y , a pesar de ello, insistió en incluir los costos referidos en la parte resolutive.

Oposición

La convocante alegó que el laudo arbitral y la providencia que resolvió la petición formulada por la convocada, fueron claras en cuanto a que la cláusula 64.2 del contrato imponía el pago de los costos financieros y el costo de oportunidad del capital invertido, pues estaban asociados a la inversión hecha para efectos de la construcción.

Análisis de la Sala

7. La causal referida, contenida en el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, previó dos supuestos de configuración. Por una parte, la existencia de disposiciones contradictorias y, por otra, la presencia de errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que, en ambos casos, se encuentren en la parte resolutive o que influyan en ella.

En cuanto al primer supuesto, que es el alegado por la recurrente, en vigencia del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, según la jurisprudencia las contradicciones en la parte resolutive de la providencia debían ser de tal naturaleza que hicieran imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones.¹⁰

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 6 de junio de 2002, Rad. 20634 y del 13 de febrero 2006, Rad. 2.970.



Ahora, la Ley 1563 dispuso que podían tratarse de contradicciones en la parte la parte motiva, pero condicionó a que tal yerro influya en la parte resolutive. Esta hipótesis ya había sido tratada por la jurisprudencia, siempre que la contradicción fuera de tal envergadura que imposibilitara el cumplimiento de la decisión¹¹, fuera imprescindible para entender su contenido¹², o habiéndose hecho una remisión expresa, de esta a aquella, no hubiere congruencia¹³.

De otra parte, el legislador exigió, como también lo previó el régimen anterior, el cumplimiento del requisito de procedencia consistente en que se hubiere alegado en la oportunidad debida el error o la contradicción, esto es, según lo había sentado la jurisprudencia, en el término previsto para la petición de aclaración, corrección o complementación del laudo proferido.¹⁴

8. El recurrente afirma que la decisión contiene disposiciones contradictorias, pues mientras en el numeral 3 del literal b del ordinal décimo tercero se ordenó el pago de los costos financieros y de oportunidad del capital invertido, en la parte motiva se concluyó que el incumplimiento no generó perjuicios a la convocante.

8.1. Respecto del requisito de procedencia, la Sala observa que mediante escrito de 25 de febrero de 2016, la parte convocada presentó solicitud de aclaración del fallo, en el cuál hizo referencia a la contradicción referida (f. 8401 a 8412 c. ppal.). Esta petición fue resuelta mediante auto de 9 de marzo siguiente (f. 8421 a 8465 c.ppal.).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, Rad. 5326

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de agosto de 2002, Rad. 22.193

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, Rad. 39.496.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de marzo de 2004, Rad. 25.021.



8.2 En cuanto a la motivación de la aparente incongruencia, de la lectura del laudo se aprecia que, por una parte, negó la indemnización por la entrega incompleta del predio y por la tardanza en la implementación del sistema y, por otra, estimó que las actividades realizadas por el concesionario para efectos de la aplicación de la cláusula 64.2 y del contenido del acta de terminación anticipada, incluían *“todos los costos, los costos directos, indirectos, de administración, operación, financieros y los incurridos efectivamente por el concesionario en virtud d las actividades realizadas durante la construcción”*.

Esta consideración fue reiterada en varios apartes de la decisión, particularmente en el acápite de la liquidación del contrato, en el cual se refirió expresamente a la condena por los costos financieros y de oportunidad, los cuales tasó con la aplicación del interés legal del 6% conforme lo dispone el artículo 1617 del Código Civil.

En igual sentido, en la providencia que resolvió la petición de aclaración formulada por el recurrente, el Tribunal Arbitral reiteró que en las actividades realizadas por el concesionario se incluían la totalidad de los costos y gastos en que efectivamente incurrió para la construcción, incluidos los de oportunidad y financiamiento, pues fueron dispuestos con ese propósito por la convocante y, por ende, debían componer la fórmula contenida en la cláusula 64.2 del contrato, aplicable en los eventos de terminación anticipada del contrato.

De ahí que lo dispuesto en el numeral 3 del literal b del ordinal décimo tercero de la parte resolutive resulta congruente con las consideraciones del laudo y del auto que resolvió la petición de aclaración, pues aquella es el reflejo del entendimiento de la mencionada cláusula y de las disposiciones del acta terminación anticipada del contrato, según la cual se tendrían en



18
Expediente n°. 57.350
Convocante: Estaciones Metrolínea LTDA.
Niega recurso de anulación

cuenta los costos de financiación y de oportunidad invertidos en la construcción.

De nuevo, la intención del censor es controvertir el entendimiento que hicieron los árbitros sobre los componentes de la fórmula aplicable en los casos de terminación anticipada del contrato, por la vía de una pretendida incongruencia que no existe en la decisión proferida.

Por estos motivos el cargo no prospera.

Costas

9. El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente”.

Como no prosperó el recurso de anulación interpuesto por la Sociedad Metrolínea S.A., la Sala tasará las costas procesales únicamente en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no encuentran probados otros pagos –como impuestos, pago de auxiliares de la justicia, u otros gastos judiciales–.

En los términos del Acuerdo n.º 1887 de 2003, en atención a la naturaleza de este proceso, a la calidad, duración y utilidad útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la entidad recurrente pagará la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

FALLA



19

Expediente nº. 57.350
Convocante: Estaciones Metrolínea LTDA.
Niega recurso de anulación

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la Sociedad Metrolínea S.A. contra el laudo arbitral proferido el 18 de febrero de 2016, convocado para resolver las controversias entre dicha sociedad y Estaciones Metrolínea Limitada.

SEGUNDO: CONDÉNASE al recurrente, en costas, a pagar a favor de Estaciones Metrolínea Limitada la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

PT