

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 11001 03 26 000 2016 00030 00 (56347)

Actor: CONHYDRA S.A. E.S.P.

Demandado: ACUANTIOQUIA S.A. - AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto el 27 de noviembre de 2015¹ por CONHYDRA S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral del 18 de septiembre de 2015 y el auto del 7 de octubre del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas con ocasión del “Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo”, celebrado el 28 de agosto de 1996, inicialmente entre el consorcio Sagas - Hydra (cedido posteriormente a Conhydra - parte convocante) y Acuantioquia S.A. E.S.P. (hoy liquidada) y cedido por esta última al municipio de Turbo quien, a su vez, lo cedió a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. (los dos últimos fueron la parte convocada en el proceso arbitral), laudo mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (se transcribe como aparece a folios 1609 y 1610, C. Consejo):

“PRIMERO. No prospera la tacha de falta de credibilidad del señor Carlos Julio Cortés Sánchez, quien actuó en el presente proceso como representante legal de la empresa Global Forensic Auditing Ltda., a cargo de quien estuvo la elaboración del dictamen pericial aportado con la demanda.

“SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción propuestas por el municipio de Turbo y ninguna de las demás propuestas por las partes.

“TERCERO. Se accede a la primera petición principal, contenida en la reforma a la demanda, consistente en que se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo.

“CUARTO. Se niegan las pretensiones de carácter económico formuladas por CONHYDRA S.A. E.S.P en contra del MUNICIPIO DE TURBO, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

“QUINTO. En consecuencia, el Tribunal pasa a liquidar el contrato, estándose a las cifras conciliadas entre CONHYDRA S.A. E.S.P. y Aguas de Urabá S.A. E.S.P., sin fijar suma alguna a cargo del MUNICIPIO DE TURBO.

“SEXTO. Se declara que el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, fue cedido por el municipio de Turbo a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día diecinueve (19) de mayo de 2006, conforme a la petición tercera principal de la reforma a la demanda.

“SÉPTIMO. Sin condena en costas para ninguna de las partes, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

“OCTAVO. Se expedirá copia de este laudo para las partes y al Ministerio Público con las respectivas constancias.

¹ Folios 1630 a 1654, Cd. Consejo de Estado.

“NOVENO. El expediente que contiene la actuación se conservará en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín.

“DÉCIMO. El Presidente rendirá cuentas a las partes”.

1. ANTECEDENTES.

1.1. El pacto arbitral.

En la cláusula décima tercera del contrato para la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto en el municipio de Turbo, celebrado el 28 de agosto de 1996, las partes convinieron la siguiente cláusula compromisoria (se transcribe tal como aparece en el contrato)²:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

“Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a arreglo directo entre ellas. En caso de no obtener acuerdo dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a su formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, para que ésta de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro, decida sobre la controversia presentada. El Tribunal de Arbitramento sesionará en la ciudad de Medellín, integrado por tres (3) miembros que decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo entre las partes. En caso que no exista acuerdo, éstos serán nombrados por la persona que designe la ley, o en su defecto, por el director del centro de conciliación y arbitramento”.

1.2. La demanda arbitral.

Mediante escrito presentado el 27 de diciembre de 2013³, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen a folios 377 a 379, Cd. 6)⁴:

“3.1. Primera principal. Que se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, de acuerdo con lo que cada una de las partes, incluyendo cedentes y cesionarias adeude a la (s) otra (s) y dentro de la liquidación o, separadamente, se contengan las siguientes o similares condenas, que a continuación se detallan, clasificadas en pretensiones principales, subsidiarias y consecuenciales.

“3.2. Segunda principal. Que el municipio de TURBO es responsable contractualmente frente a CONHYDRA S.A. E.S.P, por cuanto se ha abstenido de pagarle las pérdidas operativas que se generaron mensualmente en desarrollo del Contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, desde el primero (1º) de enero de dos mil (2000), hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), según establece el parágrafo 2º de la cláusula quinta del contrato.

“3.3. Primera consecuencia de la segunda principal. Que, en consecuencia de la declaración derivada de la pretensión primera principal, el municipio de TURBO pagará a CONHYDRA S.A. E.S.P., al vencimiento del término de ejecutoria del laudo arbitral, la suma de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$1.842.191.516) M.C., de acuerdo con lo establecido en la prueba pericial que se allega, suma ésta que indexada a la fecha de presentación de esta demanda, asciende a DOS MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$2.809.041.230) M.C.

“3.4. Tercera principal. Que se declare que el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, fue cedido por el municipio de Turbo a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día diecinueve (19) de mayo de 2006.

² Folio 157, tomo I.

³ Folios 106 y 107, Cd. 6.

⁴ Se transcriben las pretensiones de la demanda reformada.

“3.5 Cuarta principal. Que el MUNICIPIO DE TURBO es contractualmente responsable frente a CONHYDRA S.A. E.S.P, por cuanto se han abstenido de pagarle las pérdidas operativas generadas mensualmente en desarrollo del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, desde el primero (1º) de julio de dos mil seis (2006), hasta el treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), según lo establece el parágrafo 2º de la cláusula quinta del contrato.

“3.5. Primera consecucional de la cuarta principal. Que, en consecuencia de la declaración derivada de la pretensión segunda principal, el municipio de TURBO pagará a CONHYDRA S.A. E.S.P, al vencimiento del término de ejecutoria del laudo arbitral, la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (936.889.497) M.C. de acuerdo con lo determinado en la prueba pericial que se allega, suma ésta que indexada al 28 de diciembre de 2013, asciende a MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES SEICIEINTOS CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$1.162.614.535) M.C.

“3.6. Segunda consecucional de la cuarta principal. Que los valores anteriores se actualizan al momento del laudo, de acuerdo con el interés bancario corriente de esa fecha.

“3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y la cuarta principal. En forma subsidiaria, en caso de que los señores árbitros determinen que la cartera no es objeto de provisión, pido que, en lugar de reconocerse a mi mandante dentro de los déficit operacionales el monto equivalente a la cartera provisionada, se declare que el municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. E.S.P. son contractualmente responsables en forma solidaria y a favor de Conhydra S.A. E.S.P. al pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, además de los déficit operacionales.

“3.8. Primera consecucional de la primera subsidiaria a la segunda principal y a la cuarta principal. Que, en consecuencia de la declaración anterior, se condene al municipio de Turbo y a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. al pago de la suma de novecientos sesenta y seis millones cuatrocientos setenta y un mil seiscientos treinta y seis pesos (\$966.471.636) m.c., monto de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, según consta en el acta de entrega del sistema suscrita entre Conhydra S.A. E.S.P. y la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P., con los respectivos intereses moratorios liquidados a razón de 1,5 veces el interés bancario corriente hasta el momento de pago efectivo.

“3.9. Quinta principal. Se condena en costas al municipio de Turbo, por cuanto, a pesar de la claridad de la existencia de la obligación, sin justificación se ha negado a pagarla y a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. por haberse sustraído de su obligación legal de liquidar el contrato”.

Los hechos narrados en la demanda arbitral se sintetizan así:

1.2.1. El 28 de agosto de 1996, fue celebrado entre Acuantioquia S.A. E.S.P. (hoy liquidada) y el consorcio Sagas - Hydra (hoy Conhydra S.A. E.S.P.) el contrato para la operación, mantenimiento y administración del sistema de acueducto del municipio de Turbo, la primera en condición de contratante y el segundo en calidad de contratista. El acta de iniciación del contrato fue suscrita el 16 de diciembre de 1996.

1.2.2. El 18 de septiembre de 1997, el consorcio Sagas - Hydra cedió el citado contrato a Conhydra S.A. E.S.P. y la mencionada cesión fue autorizada por la contratante.

1.2.3. Mediante escritura pública 1664 del 14 de diciembre de 1999, Acuantioquia S.A. E.S.P. vendió el sistema de acueducto al municipio de Turbo y, en consecuencia, el 21 de los mismos mes y año, el vendedor hizo entrega de la cosa al comprador; no obstante, mediante oficio del 3 de noviembre de 1999, Acuantioquia informó de la cesión a Conhydra, con la advertencia de que, en adelante, toda referencia que en el contrato se hiciera a Acuantioquia debía entenderse hecha al cesionario, quien se subrogaba en todos los derechos y obligaciones.

1.2.4. Acuantioquia S.A. E.S.P. fue liquidada definitivamente por medio de la escritura pública 82 del 18 de enero de 2006, la cual fue inscrita en la Cámara de Comercio respectiva.

1.2.5. El 19 de mayo de 2006, el municipio de Turbo cedió el precitado contrato a Aguas de Urabá S.A. E.S.P., acto jurídico que fue notificado a Conhydra S.A. E.S.P. el 8 de junio de 2006, "... pero únicamente por parte del municipio de Turbo y no por parte de Aguas de Urabá S.A. E.S.P."⁵.

1.2.6. El 5 de julio de 2006, esto es, antes de que entrara en vigencia la cesión, Conhydra S.A. E.S.P. manifestó al municipio de Turbo y a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. que no liberaba al cedente, es decir, al mencionado municipio, "... de la obligación generada en su contra y a favor de CONHYDRA S.A. E.S.P. originada en el incumplimiento del contrato por el no (sic) pago de los déficit operacionales, incluyendo sus intereses, actualización y demás perjuicios, según lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato, obligación frente a la cual CONHYDRA S.A. E.S.P. hizo expresa reserva"⁶.

1.2.7. En el parágrafo 2º de la cláusula 5ª del contrato, las partes pactaron que Acuantioquia S.A. E.S.P. reconocería al contratista las pérdidas operativas no imputables al gestor (Conhydra S.A. E.S.P.) y, por tal razón, la empresa contratante reconoció los déficit que se produjeron hasta antes de que se realizara la cesión del contrato al municipio de Turbo. Así consta en el documento denominado "liquidación económica definitiva del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio (sic) de Turbo"⁷ del 22 de diciembre de 2005.

1.2.8. El municipio de Turbo adquirió la propiedad del sistema de acueducto en diciembre de 1999 y, desde entonces, hasta la terminación del contrato, con excepción de unos pocos meses, ese sistema generó déficit de caja que fueron sufragados con recursos del operador (Conhydra S.A. E.S.P.); así se lo hizo saber Conhydra S.A. E.S.P. al municipio, mediante comunicación de noviembre de 1999 (no precisa día).

El sistema siempre contó con una auditoría externa de gestión y de resultados que estableció los ingresos y los gastos de aquél y midió indicadores de gestión reportados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Las auditorías se encargaron de establecer los déficit mensuales generados por el sistema. Las conclusiones de la auditoría están contenidas en los informes producidos por cada año de operación.

1.2.9. En documento del 19 de diciembre de 2005, uno de los auditores dejó constancia de la existencia del déficit operacional y de su monto y, el 23 de diciembre del mismo año, el municipio de Turbo suscribió un acta de entendimiento y reconoció dicha obligación, pese a lo cual todas las medidas que ha adoptado Conhydra para solucionar el pago de dichos déficit han sido infructuosas.

De hecho, el 18 de agosto de 2006, Conhydra solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los déficit operacionales y, el 13 de febrero de 2008, el citado Tribunal profirió un laudo arbitral en que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, declaró contractualmente responsable al municipio de Turbo por el valor de las pérdidas operativas causadas entre el 1º de enero de 2000 y el 30 de junio de 2006 y lo condenó al pago de \$1.624'553.039.

El municipio de Turbo interpuso recurso de anulación contra el mencionado laudo arbitral, el cual el Consejo de Estado declaró infundado, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2008; no obstante, el mismo municipio interpuso acción de tutela contra el laudo arbitral y la Corte Constitucional, mediante sentencia del 9 de julio de 2011 lo dejó sin efectos.

1.2.10. A la fecha de presentación de la demanda arbitral que dio origen al asunto de la referencia, el municipio de Turbo y el cesionario del contrato, es decir, Aguas de Urabá S.A. E.S.P., no han pagado los déficit operacionales reclamados, salvo los causados entre el 1º de julio de 2006 y 31 de octubre de 2007, pues durante este último período el cesionario se ha encargado de sufragar tal obligación.

1.2.11. El 12 de octubre de 2012, Conhydra y Aguas de Urabá suscribieron el acta de terminación del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo y de entrega del sistema y, a partir de ese momento, comenzó a correr el término de tres (3) meses para la liquidación del contrato; no obstante, a la fecha de presentación de la demanda arbitral el contrato no ha sido liquidado.

1.2.12. La causa de los déficit operacionales son las omisiones en que incurrió el municipio de Turbo, fundamentalmente, por la falta de pago de los subsidios de los usuarios de menores ingresos y por la falta de consecución de los recursos necesarios para la implementación del plan maestro, es decir, por la

⁵ Folio 381, Cd. 6.

⁶ Folio 382, Cd. 6.

⁷ Folio 383, Cd. 6.

falta de inversión en la infraestructura para hacerla más eficiente y para atender un porcentaje mayor de la población.

1.2.13. Para precisar cuáles son los perjuicios reclamados por la falta de pago de los déficit operacionales, la demanda narró que las partes establecieron el régimen económico en la cláusula quinta del contrato y en ella el operador se obligó a facturar los servicios prestados a los usuarios y con esos ingresos debía atender los gastos y obligaciones, según el orden de prioridad, así: 1) gastos generales de operación, administración y mantenimiento, 2) pago de impuestos, tasas y contribuciones, según las normas pertinentes, 3) pago de la contribución de la CRA y de la Superintendencia de Servicios Públicos, 4) pago de la remuneración del operador, 5) amortización de créditos por concepto de inversiones y gastos que efectuara el operador con cargo a Acuantioquia E.S.P.

Los excedentes que resultaran se transferirían a la propietaria del sistema y, "... en caso de déficits (sic), se procedería en la forma que lo determina el parágrafo segundo de la cláusula quinta ..."⁸.

1.2.14. El cálculo de los déficit operacionales se realiza mediante la determinación de los flujos de caja, es decir, restando de los recaudos y de otros ingresos de un período mensual, los egresos o erogaciones de efectivo que el operador efectúa por pagos de personal, de mantenimiento, de inversiones, de impuestos y de retribuciones, en la forma contemplada en la cláusula quinta del contrato.

Según consta en el dictamen pericial aportado al proceso arbitral, los déficit se presentan en dos períodos: el primero, comprendido entre el 1º de enero de 2000 y el 30 de junio de 2006 y, el segundo (luego de la cesión de contrato a Aguas de Urabá), del 1º de julio de 2006 al 31 de octubre de 2007. En adelante, es decir, a partir de 1º de noviembre de 2007, Aguas de Urabá S.A. E.S.P. ha reconocido a Conhydra los déficit operacionales.

Para el primer período, tales déficit ascienden a \$1.842'191.516 y, para el segundo, a \$1.162'614.535.oo⁹

1.3. Integración del Tribunal y audiencia de conciliación.

Según el documento del 14 de febrero de 2014, que obra a folio 146 del cuaderno principal 1, las partes convocante y convocada designaron de común acuerdo a los árbitros encargados de dirimir la controversia.

La audiencia de instalación se cumplió el 2 de abril de 2014 y, en ella, se designó al Presidente y a la Secretaria del Tribunal y se fijó el lugar de su funcionamiento¹⁰.

En la misma fecha, mediante auto 2, se inadmitió la demanda y se concedió el término de 5 días para que la parte convocante subsanara los defectos anotado por el Tribunal¹¹.

Mediante auto del 7 de abril de 2014, se admitió la demanda arbitral y se corrió traslado a las convocadas¹² y, por auto del 6 de junio del mismo año, se admitió la demanda de reconvencción formulada por el municipio de Turbo¹³, pero, a través de auto del 21 de julio siguiente, el Tribunal revocó el que admitió la citada demanda de reconvencción¹⁴.

El 14 de septiembre de 2014, la parte convocante reformó la demanda arbitral¹⁵ y, por auto de los mismos mes y año, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma de la demanda¹⁶.

El 16 de enero de 2015, fue celebrada una audiencia en la que se conciliaron las diferencias existentes entre Conhydra S.A. E.S.P. y Aguas de Urabá S.A. E.S.P.¹⁷

Mediante auto del 2 de febrero de 2015, el Tribunal de Arbitramento aprobó el acuerdo conciliatorio, pese a lo cual Aguas de Uraba S.A. E.S.P. no fue desvinculada del proceso, por la posición que ostentaba en el contrato respecto del cual se originó la controversia¹⁸.

⁸ Folio 417, Cd. 6.

⁹ Folios 379 a 431, Cd. 6.

¹⁰ Folios 211 a 213, Cd. 6.

¹¹ Folios 213 y 214, Cd. 6.

¹² Folios 219 y 220, Cd. 6.

¹³ Folios 247 a 249, Cd. 6.

¹⁴ Folios 296 a 312, Cd. 6.

¹⁵ Folios 376 a 457, Cd. 6.

¹⁶ Folios 458 y 459, Cd. 2.

¹⁷ Folios 601 a 620, Cd. 2.

¹⁸ Folios 791 a 809, Cd. 2.

1.4. La contestación de la demanda arbitral.

1.4.1. El municipio de Turbo se opuso, de manera general, a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó los restantes y respecto de algunos enunciados dijo que no eran hechos sino apreciaciones del demandante.

Negó categóricamente que el municipio haya acordado reconocer los déficit operacionales, debido a que, en su opinión, tal término obedece a una argucia gramatical orientada a inducir en error, "... pues la convocante los liquidó por el Sistema (sic) de Caja (sic), lo que significa que se trataba de 'Déficit (sic) de Caja' (sic), términos que contablemente tienen un sentido y alcance diametralmente opuesto"¹⁹.

Así, cuando el párrafo segundo de la cláusula quinta del contrato utiliza la palabra "déficit"²⁰ hace referencia al concepto "pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador"²¹ y las auditorías financieras aportadas por la convocante solo pretendieron determinar los déficit de caja, no las pérdidas operativas, puesto que no evaluaron la gestión adelantada para recuperar las cuentas por cobrar, no evaluaron indicadores de eficiencia, no evaluaron si hubo disminución de costos, si hubo disminución del índice de pérdida de agua no contabilizada, no evaluaron los compromisos contraídos por el operador en las propuestas técnica y económica y no analizaron si se cumplieron los presupuestos contenidos en el mencionado párrafo segundo de la cláusula quinta.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, cosa juzgada, cobro de lo no debido, no haberse constituido en mora el municipio y prescripción. Solicitó la práctica de pruebas²².

1.4.2. Aguas de Urabá S.A. E.S.P. señaló, como premisa, que hubo un laudo arbitral que accedió a las pretensiones formuladas por Conhydra S.A. E.S.P., pero que fue anulado por la Corte Constitucional por violación al debido proceso y, específicamente, al derecho de defensa, por cuanto se adoptó con fundamento en la contabilidad de Conhydra que, según lo estimó el perito que rindió el dictamen pericial aportado al proceso, no era confiable y, por ende, no se podían deducir las conclusiones consignadas en ese laudo.

En ese sentido, consideró que Conhydra rehízo la contabilidad sin la autorización de la autoridad competente, por lo cual existen dos contabilidades con la misma información (se transcribe literal):

"... -la de AGUAS DE URABÁ, quien por el sistema de causación debía registrar la relación de ingresos, costos, y gastos (pero a partir que cobró efectividad la cesión del contrato), en que incurrió el mandatario para la prestación del servicio, así como la utilidad operativa que se generara, los cuales debían ser objeto de tributación para el mandante ... (pero que se reitera, no se llevó contabilidad en el periodo (sic) que pide la CONVOCANTE frente a mi Representada, ya que no había cobrado efectos la cesión del contrato, como se verá más adelante) y -la de CONHYDRA, (la re-hecha solo para este proceso, mediante concepto de parte sin aval de la autoridad competente) con esos mismos conceptos ..."²³.

En relación con los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos y dijo no constarle los demás y se opuso a algunas de las pretensiones de la demanda y, en relación con otras, dijo que el único que se podía pronunciar en relación con ellas era el municipio de Turbo.

Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de Aguas de Urabá S.A. E.S.P., inexistencia de la obligación, oponibilidad de la cesión del contrato a Conhydra S.A. E.S.P. y "No confiabilidad de la contabilidad del demandante"²⁴.

En relación con la reforma de la demanda, Aguas de Urabá S.A. E.S.P. señaló que la demandante la excluyó de las pretensiones principales iniciales orientadas a obtener el pago de las pérdidas operativas por el período comprendido entre el 1º de julio de 2006 y el 31 de octubre de 2007.

¹⁹ Folio 3, Cd. 4.

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem.

²² Folios 1 a 49, Cd. 4.

²³ Folios 2 y 3, Cd. 3.

²⁴ Folio 77, Cd. 3.

En relación con el presunto incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, sostuvo que Aguas Urabá S.A. E.S.P. está excluida de la aplicación del régimen del estatuto de contratación de la administración pública, de modo que no estaba en posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato²⁵.

1.5. El laudo arbitral recurrido.

Surtido el trámite arbitral previsto en la ley, se fijó la audiencia de lectura del fallo, la cual se cumplió el 18 de septiembre de 2015, fecha en la que el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo cuya parte resolutive quedó transcrita al inicio de estas consideraciones. Dicho laudo fue objeto en tiempo del recurso extraordinario que ahora se resuelve y cuyos fundamentos se pueden compendiar así:

1.5.1. Inicialmente, examinó los presupuestos de validez y de eficacia del proceso y los halló reunidos en su totalidad; además, descartó la posibilidad de que se presentara la cosa juzgada, con ocasión del pronunciamiento de la Corte Constitucional que, en sede de tutela, dejó sin efectos el laudo arbitral proferido antes para dirimir esta misma controversia.

1.5.2. Señaló que el problema jurídico consistía en establecer si es procedente que el Tribunal de Arbitramento liquide el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de Acueducto de Turbo, celebrado el 28 de agosto de 1996 y, en caso de ser procedente, determinar si: (i) para los períodos comprendidos entre el 1º de enero de 2000 y el 30 de junio de 2006 y 1º de julio de 2006 y el 31 de octubre de 2007, se presentaron pérdidas operativas imputables al municipio de Turbo y, por consiguiente, si está obligado a cancelarle dicho valor a la parte demandante, cuyo monto debe ser determinado por el Tribunal con base en la prueba aportada al proceso y (ii) de no ser procedente la petición anterior, es decir, de no ser responsable el municipio de Turbo por las pérdidas operativas en los períodos indicados, determinar si es responsable del pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, además del déficit operacional.

1.5.3. A continuación, el Tribunal analizó las excepciones de caducidad y de prescripción y, luego de precisar algunos aspectos conceptuales en relación con el primero de los mencionados fenómenos, señaló que el término que Conhydra tenía para promover la acción, con miras a obtener el pago de las eventuales pérdidas operativas por el período 1º de enero de 2000 al 30 de junio de 2006, venció el 11 de julio de 2008 y, para las del segundo período, "... al no haber accionado durante la ejecución del contrato, es necesario remitir a la regla especial, la cual es contar el término luego de vencidos los plazos que se tenían para la liquidación del contrato, encontrando que, como se accionó dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha pactada para la liquidación, esta acción por el segundo período aún no ha caducado ..."²⁶.

En relación con la excepción de prescripción, propuesta por el municipio de Turbo, sostuvo que, en este caso, no son aplicables las normas atinentes a dicho fenómeno para la acción ejecutiva, porque el demandante no tenía título de recaudo ejecutivo para cobrar las pérdidas operativas.

Pese a todo lo anterior, el Tribunal señaló que, "... ante lo polémico de la situación y a sabiendas (sic) que es evidente que a la fecha de presentación de la demanda no había operado la caducidad de la acción para la petición de liquidación arbitral del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, es preciso continuar adelante examinando de fondo el asunto, con independencia de si ha operado o no la caducidad para la reclamación de los pagos por concepto de pérdidas operativas generadas en los períodos reclamados por la sociedad convocante ..."²⁷.

1.5.4. Enseguida, el Tribunal analizó el fondo del asunto, para lo cual comenzó por examinar el alcance del párrafo segundo de la cláusula quinta del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo.

El antecedente de la citada cláusula contractual no se está en los pliegos de condiciones –anotó el Tribunal–, pero uno de los testigos explicó que su origen se debió a que ninguna empresa se comprometía a operar el sistema, por las pérdidas que generaba.

Luego de relacionar algunos testimonios rendidos dentro del proceso, de resumir el contenido del dictamen pericial contable rendido por Global Forensic Auditing Ltd (FGA) y de explicar el concepto, la finalidad, las características y los distintos sistemas de contabilidad, a la luz de las normas legales vigentes, el laudo precisó (se transcribe como aparece a folio 1604 del C. Consejo):

²⁵ Folios 461 a 471, Cd. 2.

²⁶ Folio 1515, Cd. Consejo.

²⁷ Folio 1578, Cd. Consejo.

“Este Tribunal le da plena validez a la declaración de Hildebrando Gil Builes sobre los errores insalvables de contabilidad de Conhydra, la que junto con las otras pruebas que obra en el expediente lo llevan a la convicción de que:

- “No existe la prueba que la contabilidad de CONHYDRA S.A. ESP haya sido corregida en los términos que establece el decreto 2649 de 1.993.
- “El dictamen de auditoría de FGA acompañado como prueba por la convocante no desvirtúa las conclusiones a las cuales llegaron las auditorías financieras, como sistema acogido por las partes, sobre las falencias de la contabilidad del operador, ni que las pérdidas calculadas en aquél no le eran imputables al operador, como lo exige la cláusula quinta del contrato en su parágrafo segundo.
- “No se probó que las irregularidades señaladas en el dictamen pericial por la perito Patricia Rodríguez, en el arbitramento anterior, y las contenidas en los informes de auditoría por todos los períodos analizados, incluido el segundo semestre de 2006 y hasta el 31 de octubre de 2007, hubieran sido superadas, de tal manera que hoy nos encontráramos, sin ninguna duda, frente a una contabilidad sin vicios llevada conforme a las normas que regulan la materia.
- “Al ser la contabilidad la prueba o por lo menos la fuente de la prueba, de las pérdidas operativas reclamadas por el accionante, sin que la misma sea confiable, no es posible para el Tribunal obtener la certeza de la existencia ni del monto de las pérdidas operativas no imputables al operador reclamadas por la demandante. puesto que la contabilidad además de poder ser la prueba de dichos hechos, necesariamente debe ser también la fuente de las demás pruebas al respecto.
- “Ante esta realidad procesal este Tribunal, so pena de incurrir en vía de hecho por error fáctico, no puede proceder a proferir laudo accediendo a las pretensiones de la demanda”.

Por otra parte, el Tribunal accedió a la pretensión tercera principal, referida a que se declarara que el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto fue cedido el 19 de mayo de 2006 por el municipio de Turbo a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P.

Enseguida, el Tribunal analizó la pretensión subsidiaria inicial²⁸, en el sentido de que, a la luz del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto de Turbo, los términos “pérdida operativa”, “pérdida operacional” y “déficit”²⁹ son sinónimos, de modo que los déficit operacionales a los que se refiere la citada pretensión son las pérdidas operativas de los períodos que corrieron del 1º de enero de 2000 al 30 de junio de 2006 y del 1º de julio de 2006 al 31 de octubre de 2007.

Agregó que la pretensión subsidiaria solo podría ser estudiada si las pretensiones principales y consecuenciales no hubieran prosperado, por considerarse que la cartera no era objeto de provisión; pero, como ello no fue así, la solicitud está condenada al fracaso.

El municipio de Turbo solicitó la corrección del laudo arbitral, para que se hiciera la declaración de que ocurrió la cosa juzgada y que se condenara en costas al convocante³⁰.

La solicitud fue negada, mediante auto del 7 de octubre de 2015³¹.

1.6. El recurso de anulación.

Mediante escrito presentado el 27 de noviembre de 2015³², Conhydra S.A. E.S.P., por conducto de apoderado judicial, interpuso el recurso de anulación que ahora se decide, al amparo de las causales contempladas en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012:

²⁸ “**3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y la cuarta principal.** En forma subsidiaria, en caso de que los señores árbitros determinen que la cartera no es objeto de provisión, pido que, en lugar de reconocerse a mi mandante dentro de los déficit operacionales el monto equivalente a la cartera provisionada, se declare que el municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. E.S.P. son contractualmente responsables en forma solidaria y a favor de Conhydra S.A. E.S.P. al pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, además de los déficit operacionales”.

²⁹ Folio 1605, Cd. Consejo.

³⁰ Folios 1611 a 1620, Cd. Consejo.

³¹ Folios 1621 a 1626, Cd. Consejo.

³² Folios 1630 a 1654, Cd. Consejo.

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

(...)

“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

(...)

“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

1.6.1. En relación con la causal contemplada en el transcrito numeral 7, Conhydra S.A. E.S.P. formuló tres cargos, de los cuales el primero está orientado a develar que la decisión cuestionada fue en conciencia, por apartarse del caudal probatorio recaudado en el proceso arbitral.

1.6.1.1. Según el recurrente, el Tribunal de Arbitramento afirmó que, “... so pena de incurrir en vía de hecho por error fáctico ...”, no podía “... proceder a proferir laudo accediendo a las pretensiones de la demanda ...”, debido a que existen contradicciones “... entre la afirmación de la perito del proceso arbitral anterior, ... las auditorías financieras (sic) y el dictamen de la FGA, que presentó Conhydra como dictamen de parte para el actual proceso arbitral ...”³³.

Según el Tribunal de Arbitramento, existe una diferencia entre las pérdidas operativas del período comprendido entre 1º de enero de 2000 y el 30 de junio de 2007, pues, en el dictamen del FGA, tales pérdidas fueron calculadas en \$2.142'107.759.00, mientras que en las auditorías financieras fueron calculadas en un monto acumulado de \$1.730'625.998, “... lo cual muestra una diferencia de \$411.481.761 ...”³⁴, ya que, en su opinión, “... la contradicción no es entre cero (0), que es el valor con el cual se liquida el contrato y \$2.142.107.759, que fue el establecido en la prueba pericial, sino entre \$1.730.625.998 y \$2.142.107.759 ...”³⁵.

En ese sentido, la impugnante considera que no se debieron negar las pretensiones económicas.

Cuestionó la decisión de tutela proferida por la Corte Constitucional en sede de revisión contra el laudo arbitral que dirimió la controversia con anterioridad y que, finalmente, dejó sin efectos, pues, en sentir del recurrente, la Corte sustituyó al juez natural del contrato, desconoció la prueba arrojada al proceso arbitral y razonó equivocadamente y cuestionó también la decisión arbitral objeto del recurso extraordinario que ahora se resuelve, la cual calificó como la continuación del fallo de tutela al que se ha hecho alusión, pues “... realmente no se basa en las pruebas válidamente allegadas al proceso, (sic) constituyen un simple razonamiento abstracto para dar continuidad a un ‘mandato’ de la Corte Constitucional y, por ello, constituye un juzgamiento en conciencia o, en otras palabras, para su decisión los árbitros se apartan de la prueba, siendo lo verdaderamente relevante para su decisión su íntima convicción, aquello que los impulsa para lo que subjetivamente creen más correcto: Dar (sic) continuidad a la decisión de la Sentencia T-466/11 ...”³⁶.

1.6.1.2. Asimismo, afirmó la recurrente que la decisión fue proferida en conciencia, porque el laudo fue adoptado con fundamento en unas pruebas trasladadas de otro proceso, el cual, en realidad, no existe, pues se trata del proceso arbitral cuyo laudo dejó sin efectos la Corte Constitucional.

Los árbitros afirmaron que trasladaron la prueba practicada en el proceso arbitral primigenio, pues afirman que la sentencia de tutela no declaró nula ninguna de las pruebas.

No obstante, en sentir de la recurrente, los árbitros no tienen competencia para interpretar el fallo de tutela de la Corte Constitucional y, por consiguiente, para fijar los alcances de la decisión, es decir, no tenían competencia para señalar que se anuló el laudo, pero no las pruebas practicadas en ese otro proceso arbitral.

En opinión de la recurrente, la prueba de un proceso cuya decisión se deja sin efectos, por virtud de una acción de tutela, no puede ser trasladada, porque, al dejar sin efectos tal decisión, el proceso no existe.

1.6.1.3. A lo anterior, agregó que el laudo arbitral fue proferido en conciencia, porque el Tribunal de Arbitramento aplicó al proceso arbitral las normas del Código General del Proceso, el cual, en su opinión, no se hallaba vigente, pues el 1º de enero de 2014 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la

³³ Folio 1633, Cd. Consejo.

³⁴ Folio 1634, Cd. Consejo.

³⁵ Ibídem.

³⁶ Folio 1645, Cd. Consejo.

Judicatura señaló que no estaban dadas las condiciones de infraestructura, descongestión, capacitación y formación judicial, para implementar las normas de dicho código.

16.2. En relación con la causal de anulación contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, la recurrente sostuvo que el Tribunal no decidió todas las cuestiones sujetas al arbitramento, pero sí resolvió cuestiones que no estaban sometidas a su consideración, pues la decisión arbitral "... se apoya exclusivamente en un cuidado para evitar una supuesta 'vía de hecho', es decir, en simplemente seguir los lineamientos de un fallo de tutela ..."³⁷.

En sentir de la recurrente, pese a que los árbitros estaban bien encausados, decidieron como si la controversia se redujera a definir si la contabilidad de Conhydra era o no confiable y, por consiguiente, "... no hicieron mas (sic) que continuar el cauce del fallo de tutela, cuando se trataba de un proceso distinto, cuando se imponía que fallaran sólo con apego a la Constitución y a la Ley (sic); al no hacerlo, no decidieron la controversia que se planteó, sino parcialmente, y decidieron otra, que no se planteó, fallando citra petita"³⁸.

1.7. La posición de la parte no recurrente.

En el término del traslado, el municipio de Turbo se opuso a la prosperidad del recurso.

En relación con el cargo referido al fallo en conciencia, por déficit probatorio, señaló que el Tribunal de Arbitramento encontró que la contabilidad tenía inconsistencias y que las cifras contables tenían resultados divergentes, porque no se acataron los principios contables generalmente aceptados.

Agregó que se demostró en el proceso "... que los ingresos están subestimados y los egresos sobreestimados, razón por la cual las auditorias (sic) y el levantamiento contable realizado a instancia de las partes arrojó que no existe déficit sino superávit y en todo caso si se hubieren calculado los resultados de la operación por el sistema de causación, como en esta ocasión lo quiso presentar el demandante, sin lograrlo, la cifra que presentaría el sistema sería superavitaria y debía (sic) por tanto (sic) Conhydra pagar a Turbo los excedentes con el fin de destinarse a la optimización del sistema ..."³⁹.

Negó que el proceso arbitral hubiera sido la continuación de la acción de tutela que concluyó con el fallo que dejó sin efectos el laudo arbitral y aseguró que el nuevo laudo fue el resultado de la valoración probatoria que realizaron los árbitros, a luz de los criterios que informan la sana crítica.

Por otra parte, cuestionó la posición de la recurrente, en cuanto afirmó que la prueba del proceso arbitral anterior no podía ser trasladada a este proceso, pues –afirmó- Conhydra nada manifestó al respecto a lo largo del proceso y, por el contrario, con su conducta convalidó la prueba, por cuanto no la tachó de falsa y avaló la incorporación de los testimonios practicados en el proceso anterior, "... incluso desistió de algunos testimonios solicitados con la nueva solicitud por considerar que con ellos se entendía evacuada la prueba ..."⁴⁰.

Defendió la validez del laudo, el cual, afirmó, está fundado en los razonamientos de los árbitros, acordes con la prueba allegada al proceso arbitral.

Respecto de la estructuración del laudo en conciencia, por déficit normativo, señaló que el Código General del Proceso es aplicable al proceso arbitral desde el 1º de enero de 2014.

Por otra parte, se opuso a la prosperidad del cargo planteado con fundamento en la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 (laudo citra petita), pues los árbitros decidieron todas las pretensiones de la demanda y accedieron a algunas de ellas, acorde con lo que hallaron probado en el proceso⁴¹.

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso.

³⁷ Folio 1650, Cd. Consejo.

³⁸ Folios 1630 a 1654, Cd. Consejo.

³⁹ Folio 1674, Cd. Consejo.

⁴⁰ Folio 1679, Cd. Consejo.

⁴¹ Folios 1669 a 1697, Cd. Consejo.

El recurso de anulación fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la ley 1563 de 2012⁴², teniendo en cuenta que la notificación del auto que decidió la corrección del laudo arbitral se produjo el 14 de octubre de 2015, según consta en el expediente⁴³ y según lo certificó el Secretario del Tribunal Arbitral y aquél fue interpuesto el 27 de noviembre de 2015, es decir, dentro de los 30 días hábiles siguientes.

2. Competencia de la Sala para conocer del recurso.

El artículo 46 de la ley 1563 de 2012 fijó el marco de competencia general para el conocimiento de los recursos procedentes contra los laudos arbitrales, así:

“ARTÍCULO 46. COMPETENCIA. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.

“Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo (sic) arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

En ese caso, la controversia está relacionada con el “Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo”, celebrado el 28 de agosto de 1996, inicialmente entre el consorcio Sagas - Hydra (cedido posteriormente a Conhydra - parte convocante) y Acuantioquia S.A. E.S.P. (hoy liquidada) y cedido por esta última al municipio de Turbo, el cual, a su vez, lo cedió a Aguas de Urabá S.A. E.S.P., de modo que el laudo arbitral definió un conflicto relativo a un contrato en el cual es parte una entidad pública (municipio de Turbo), de modo que la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, en única instancia.

3. El análisis del recurso.

3.1.- “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Para analizar el arbitraje en derecho y distinguirlo de las demás clases de arbitraje, resulta imprescindible acudir, en primer término, al artículo 116 de la Constitución Política, el cual dispone que los particulares pueden ser investidos transitoriamente en condición de árbitros, habilitados por las partes, para proferir fallos en derecho o en equidad.

La normatividad anterior a la ley 1563 de 2012, esto es, el artículo 1º del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la ley 446 de 1998 (norma compilada por el artículo 115 del decreto 1818 de 1998), preveía tres clases de arbitraje, así: “el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. (...) El arbitraje en equidad, (sic) es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad” y “Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”.

En el caso de los contratos estatales, el arbitramento puede ser en derecho o técnico, este último cuando se trate de temas de tal índole, pues así lo disponen los artículos 70 (inciso segundo) y 74 de la ley 80 de 1993, lo que significa que el arbitraje en “equidad” está proscrito en la contratación estatal; no obstante, como se verá más adelante, de unos años para acá la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho la distinción entre el laudo proferido en equidad y el emitido en conciencia, cuestión que resulta de importancia para destacar que este último está proscrito en el ordenamiento jurídico, de manera que no es admisible ni en el ámbito del derecho privado, ni en el del derecho público.

⁴² “ARTÍCULO 40. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.

⁴³ Folio 1627, Cd. Consejo.

El arbitraje técnico tiene una particularidad y es que la decisión que adopten los árbitros es definitiva, por lo cual, en algunos pronunciamientos, se ha señalado que contra el que no es procedente el recurso extraordinario de anulación⁴⁴, entre otras razones, porque siendo, el juez de la anulación experto en derecho y no en temas técnicos, carecería de fundamentos válidos para decidir una impugnación extraordinaria de un laudo que se funda en una disciplina distinta a la jurídica.

En este sentido, la causal que se analiza tiene trascendencia en los laudos arbitrales que deben ser proferidos en derecho, exclusivamente.

A continuación se hará un breve recorrido jurisprudencial respecto de la causal de anulación anotada, para establecer su estado actual, teniendo en cuenta que los cargos formulados por el recurrente hacen alusión a que laudo fue proferido en conciencia, por problemas asociados al aspecto probatorio y a la normatividad aplicable al proceso.

En 1992⁴⁵, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que el criterio básico para determinar si el fallo es en derecho es que se halle fundamentado en el ordenamiento jurídico⁴⁶ y que el marco de referencia sea sólo éste; por consiguiente, los árbitros están sometidos solo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral y a las sustantivas que establecen los derechos subjetivos en controversia, "... no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley ..."⁴⁷.

Cuando decide en conciencia, en cambio, el juez arbitral se mueve en un marco normativo diferente, más amplio, porque cuando así actúa tiene la facultad de decidir "exi quo (sic) et bono"⁴⁸, esto es, "conforme a la equidad o según el leal saber y entender"⁴⁹.

La jurisprudencia de esa época señaló que cuando el juez decide en conciencia puede conciliar pretensiones opuestas e, incluso, decidir sobre supuestos que no estén plenamente acreditados con la prueba aducida, posibilidad que está vedada cuando el fallo debe ser proferido en derecho⁵⁰.

Lo anterior supone que, en los albores de la jurisprudencia sobre el recurso de anulación, se asimilaban el fallo en equidad y el fallo en conciencia.

Precisamente, por eso se decía que el fallo en conciencia debía ser motivado, no podía ser arbitrario, pues al margen de cuál fuera la modalidad de arbitraje, todos los jueces administran transitoriamente justicia y, por consiguiente, no pueden desconocer los hechos que informan la litis, ni pueden apartarse de las reglas de la lógica o de la experiencia para decidir, dado que unas y otras constituyen reglas elementales de la recta y adecuada administración de justicia.

Así, la decisión en conciencia, que la jurisprudencia asimilaba a la decisión en equidad –reitera la Sala-, era considerada aquella cuyo sustento residía exclusivamente en el fuero interno del juez, esto es, aquella cuyo único fundamento era su leal saber y entender o la verdad sabida y buena fe guardada, pero no obedecía a una finalidad relacionada con los principios de equidad o de justicia y, por lo mismo, no tenía que hacer explícitas las razones de sus conclusiones, es decir, los razonamientos que lo llevaron a adoptar la decisión.

En suma, conforme a la jurisprudencia inicial sobre el tema, la causal de anulación analizada se configuraba cuando el fallo dejaba de lado, de forma ostensible, el marco jurídico que debía acatar, para basarse exclusivamente en la equidad, de modo que si, por el contrario, el juez adquiría certeza para otorgar el derecho en disputa con base en el acervo probatorio y con sujeción a los criterios que informan la sana crítica, la decisión era calificada en derecho, al margen de que no señalara el mérito que le otorgaba a cada uno de los medios de prueba aducidos al proceso⁵¹.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2008, exp. 33.811.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6.695.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Ibídem.

⁴⁸ Cita original de la sentencia del 3 de abril de 1992, tomada de "Jurisprudencia Arbitral en Colombia", U. Externado de Colombia, Bogotá, D.C. 1988, pág. 181.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ Sentencia del 3 de abril de 1992, citada en precedencia. En el mismo sentido, en materia de la contemplación de la prueba, ver sentencias del 4 de mayo de 2000 (exp. 16.766), del julio 27 de 2000 (exp. 17.591) y del 14 de junio de 2001 (exp. 19.334).

El criterio principal expuesto desde 1992 se ha mantenido constante en la jurisprudencia de esta Corporación, pero a través de los años se han decantando algunos supuestos que se ubican en la causal de anulación para darle un entendimiento más concreto.

En efecto, en 1997, la Sección Tercera⁵² sostuvo que el juez que debía proferir sus fallos en derecho debía motivarlos y que, dentro de esa motivación, las pruebas merecían un especial tratamiento; no obstante, afirmó la Sala que si se incumplía ese deber en forma absoluta, es decir, si el fallo carecía de motivación, podía ser anulable, pero no cambiaba su esencia para convertirse en fallo en conciencia.

Lo anterior, porque, respecto de los laudos arbitrales, la falta de motivación no aparecía contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y tampoco se configuraba dicha causal cuando el laudo se “clasifica deficiente o irregular”⁵³.

Años más tarde, la Sala de la Sección, aunque mantuvo el criterio⁵⁴, fue más precisa al señalar que la “... más mínima referencia que el árbitro haga al derecho, entendido en su más amplia acepción: normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, (sic) jurisprudencia; (sic) hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no en conciencia ...”⁵⁵, de modo que el fallo en conciencia se caracterizaba porque el juez dictaba la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico y tomaba determinaciones siguiendo lo que le dictaba su propia conciencia, “... basado o no en el principio de la equidad ...”⁵⁶, lo que se traducía en una decisión que se identificaba con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2002⁵⁷, la Sección Tercera de la Corporación puntualizó que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de modo que la aducción de la causal de anulación no puede justificar la revisión, por parte del juez del recurso extraordinario, de la argumentación jurídica elaborada por el tribunal de arbitramento, pues, de ser así, so pretexto de su interposición se desconocería la convención celebrada por las partes, en virtud de la cual se sustrae el conflicto del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para someterlo a la decisión de árbitros que deben fallar en única instancia.

Por lo anterior, precisó la Sala de la Sección⁵⁸ que el recurso de anulación no constituye una nueva instancia, pues las causales previstas para su interposición están dirigidas, en principio, a corregir errores in procedendo y, de manera excepcional, errores in iudicando, caso en el cual los límites del juez están claramente definidos en la ley.

Posteriormente, en sentencia del 6 de julio de 2005⁵⁹, la Sala volvió sobre el fallo en conciencia, para señalar que si bien éste se presenta, básicamente, cuando falta apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, podía configurar la causal, de modo que podía ocurrir que el fallo en conciencia se derivara del hecho de que las pruebas que debían ofrecer convicción a los árbitros carecían de soporte valorativo - normativo y, por consiguiente, la decisión se fundara en la pura y simple conciencia del árbitro.

No obstante, la Sala hizo salvedad de que el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, no significaba que los árbitros no tuvieran la libertad de valorar las pruebas según los postulados que informan la sana crítica, sino que la causal se configuraba, por el aspecto probatorio, cuando los medios de prueba no tuvieran la virtualidad de ser valorados, de tal suerte que la jurisprudencia se fue perfilando para señalar que la causal de anulación se estructuraba cuando la decisión no estaba fundada en el derecho objetivo que regulaba la controversia o se profiriera sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico y, por el aspecto probatorio, cuando se adoptaba con fundamento en pruebas que carecían de soporte valorativo - normativo, pues la decisión debía ser expresión de las pruebas obrantes en el proceso, valoradas según las reglas de la sana crítica⁶⁰.

⁵² Sentencia del 18 de noviembre de 1997, exp. 12.202.

⁵³ *Ibídem*.

⁵⁴ Sentencia del 27 de abril de 1999, exp. 15.623.

⁵⁵ El criterio fue reiterado, entre otras sentencias, en las del 18 de mayo de 2000 (exp. 17.797) y del 8 de febrero de 2001 (exp. 18.411), en las cuales se dijo:

“... si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en conciencia ...”.

⁵⁶ *Ibídem*.

⁵⁷ Exp. 22.191.

⁵⁸ *Ibídem*.

⁵⁹ Exp. 28.990.

⁶⁰ Esta posición fue reiterada en sentencia del 3 de agosto de 2006 (exp. 31.354).

Posteriormente, mediante sentencia del 7 de junio de 2007⁶¹, la jurisprudencia de la Sección reiteró la caracterización general del laudo en conciencia, pero matizó la posición expuesta en 1997, según la cual "... la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, (sic) hace que el laudo sea calificable como 'en derecho' y no 'en conciencia' ..." ⁶², pues consideró que tal afirmación implicaba que la simple enunciación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construía al margen de consideraciones realmente basadas en el derecho, permitía sostener que la decisión de los árbitros no estaba incurso en la causal de anulación analizada.

Así, dijo la Sala de la Sección que, cuando la jurisprudencia hace alusión a la "... más mínima referencia ... al derecho positivo ...", quiere decir que esa referencia debe estar realmente conectada con el sentido de la decisión, lo que, dicho de otra forma, significa que ha de constituir el fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación descontextualizada del hilo argumentativo que conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no juega papel alguno en la cadena de argumentos que, en conjunto, constituyen la argumentación de la decisión.

Sobre el laudo en conciencia, como consecuencia de la carencia de soporte valorativo - normativo de la prueba en que se funda la decisión arbitral, la Sala de la Sección Tercera volvió el 16 de junio de 2008⁶³, para señalar que a través de esta causal de anulación no es viable plantear o estudiar la violación indirecta de la norma sustancial, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar la prueba en un caso específico⁶⁴.

Precisó que el fallo en conciencia corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo, por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas del proceso, para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen, lo que se traduce en el desconocimiento total de la prueba, para trasladar dicho juicio a la conciencia o a la razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto; por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho.

Mediante fallo del 24 de marzo de 2011⁶⁵, la Subsección "C" de la Sección Tercera de esta Corporación distinguió el fallo en conciencia del fallo en equidad, lo cual hasta ese momento solo se había planteado desde el punto de vista de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, a través de algunos salvamentos de voto que surgieron después del 13 de mayo de 2009, al decidir un recurso extraordinario de anulación⁶⁶ cuya sentencia dejó sin efectos la Corte Constitucional⁶⁷.

La Sala de la Subsección "C" comenzó por precisar la noción de equidad en el derecho romano⁶⁸, pasando por el concepto acuñado en la época clásica⁶⁹ y la gran influencia que tuvo Aristóteles en cuanto a la perspectiva de esta máxima del jusnaturalismo, a la que técnicamente llamó epiqueya, que fue

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 32.896.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Exp. 34.543.

⁶⁴ En cuanto al error de hecho y error de derecho, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencia 34 del 10 de agosto de 1999, sentencia 35 del 17 de agosto de 1999, sentencia 111 del 1° de diciembre de 1999, sentencia del 19 de octubre de 2000 (exp. 5.442), sentencia del 23 de febrero de 2001 (exp. 5.619). Respecto de error de hecho, ver: sentencia 6 del 12 de febrero de 1998, sentencia 4 del 11 de marzo de 1999, sentencia del 14 de febrero de 2001 (exp. 6.347), sentencia del 23 de febrero de 2001 (exp. 6.399), sentencia del 21 de mayo de 2001 (exp. 5.924), sentencia del 15 de marzo de 2001 (exp. 6.142), sentencia 80 del 18 de septiembre de 1998, sentencia 90 del 22 de octubre de 1998, sentencia 6 del 12 de febrero de 1998, sentencia 11 del 3 de marzo de 1998, sentencia 80 del 18 de septiembre de 1998, sentencia 28 del 27 de julio de 1999, sentencia del 14 de mayo de 2001 (exp. 6.752), sentencia del 14 de mayo de 2001 (exp. 6.752), sentencia del 15 de septiembre de 1993 (exp. 5.430), sentencia del 27 de marzo de 2001 (exp. 5676), sentencia del 2 de febrero de 2001 (exp. 5.670). Sobre error de derecho ver: auto 307 del 25 de noviembre de 1997, sentencia 9 del 22 de abril de 1997, sentencia 19 del 8 de junio de 1999, y sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", exp. 34.484.

⁶⁶ Salvamento de voto de los Consejeros de Estado Ruth Stella Correa Palacio y Ramiro Saavedra Becerra a la sentencia del 13 de mayo de 2009 (exp. 34.525) y aclaraciones de voto de los Consejeros de Estado Myriam Guerrero de Escobar, Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez a la sentencia del 18 de febrero de 2010 (exp. 36.364).

⁶⁷ SU-173 de 2015.

⁶⁸ En el derecho romano la equidad constituía la igualdad misma. Al respecto ver: P. G. CARON: "Aequitas" Romana, "Misericordia" Patristica Ed "Epicheia" Aristotelica Nella Dottrina Dell "Aequitas" Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2 (cita original de la sentencia aludida).

⁶⁹ En la época clásica se equiparó la equidad con el concepto de justicia conmutativa. *Ibidem*.

interpretada como un procedimiento de rectificación de la justicia legal, orientado a corregir⁷⁰ las iniquidades que pudieran derivarse de la aplicación de la ley o como una enmienda de las omisiones en que incurre ésta al no poder prever todas las situaciones particulares, por su carácter general y abstracto⁷¹; además, hizo alusión al influjo que tuvo el pensamiento cristiano al considerar la equidad como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atemperaba el rigor de la ley⁷².

Lo anterior, para precisar que, doctrinariamente, todas esas concepciones sirvieron para elaborar dos postulados en relación con la equidad: “a) El negativo (sic) según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inícuo o conduce a una iniquidad; b) El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido”⁷³.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de la Subsección “C”⁷⁴ planteó la distinción entre los fallos en conciencia y en equidad (conceptos que ahora, en vigencia de la ley 1563 de 2012, distingue expresamente la causal de anulación contemplada en el numeral 7 del artículo 41), así (se transcribe tal como aparece en la providencia en cita):

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

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

“Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque ‘en los términos que determine la ley’⁷⁵.

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

“Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros (sic), las partes los habilitan⁷⁶ para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.⁷⁷

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

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

⁷⁰ No obstante, es de anotar que algunos filósofos de modelos contemporáneos del siglo XX han criticado el entendimiento que la teoría y la ciencia jurídica dieron sobre la equidad, a partir de la concepción expuesta por Aristóteles, Cicerón y Suárez, pues la equidad, para algunos, no es un procedimiento que busca “corregir la ley”, sino simplemente es una mecanismo tendiente a “interpretar correctamente la ley” en situaciones particulares. Al respecto, ver: RECASÉNS SICHES, Luis: “Tratado General de Filosofía del Derecho”, cuarta edición, México, 1970, p. 654.

⁷¹ ARISTÓTELES: “Ética a Nicómaco. 5. 10. 1137 b”. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

⁷² P. G. CARON. “Aequitas...” Opus. Cit., p. 6.

⁷³ Ibidem, p. 98-104. Cita original de la sentencia del 24 de marzo de 2011.

⁷⁴ Sentencia citada, exp. 34.484.

⁷⁵ Artículo 116 de la Constitución Política.

⁷⁶ Artículo 116 de la Constitución Política.

⁷⁷ Numeral 1 del artículo 38 del C. P. C.

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

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

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

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

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

Las anteriores consideraciones condujeron a que la causal se reinterpretara para señalar que se configura cuando el laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción y, por lo tanto, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y, cuando 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”⁷⁸.

En el primer evento el laudo se sanciona con anulación, porque en el ordenamiento jurídico colombiano está proscrita cualquier decisión que tenga origen exclusivo en la íntima convicción del juzgador, sin motivación alguna y con prescindencia de toda consideración jurídica o probatoria y, en el segundo evento, se sanciona con anulación, porque todo juez debe someterse al imperio de la Constitución y de la ley, de modo que solo puede acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se sigue que, si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la Constitución o la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal⁷⁹.

Los antecedentes jurisprudenciales a que se ha hecho alusión sirvieron para que, a través de la sentencia del 12 de febrero de 2014⁸⁰, cuyo pronunciamiento base lo constituyó el fallo del 8 de agosto de 2012⁸¹, se precisaran algunos criterios en torno a la materialización del laudo en conciencia, así: i) es el que no se apoya en el derecho positivo vigente, ii) es el que se dicta en equidad, aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usar esta última como criterio auxiliar y (iii) es el que se adopta sin consideración a las pruebas. En el mismo pronunciamiento se identificaron algunos supuestos que no constituyen laudo en conciencia, como: i) la interpretación divergente del contrato y de las normas sustantivas y procesales que integran el ordenamiento jurídico por parte de los árbitros, ii) la incursión en una “vía de hecho”⁸² y (iii) la decisión equivocada.

La causal contemplada en el numeral 7 de la ley 1563 de 2012 conserva, en esencia, la estructura de la causal prevista en el derogado artículo 163 (numeral 6) del decreto 1818 de 1998, salvo que la nueva disposición hace distinción expresa entre el laudo proferido en conciencia del laudo proferido en equidad, distinción que surge como resultado del desarrollo jurisprudencial al que se ha hecho alusión.

Lo expuesto hasta este momento permite afirmar que el estado actual de la jurisprudencia en torno al fallo en conciencia y en equidad es el siguiente:

1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política⁸³.

78 Sentencia del 24 de marzo de 2011, citada en precedencia.

79 Ibídem.

80 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 48.117.

81 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 43.089.

82 Ibídem.

83 Artículo 116.- (...)

2.- El laudo arbitral que se produce como resultado del arbitraje técnico está excluido del recurso extraordinario de anulación previsto en el ordenamiento jurídico; por tanto, la decisión que se adopta en ese tipo de arbitraje es definitiva.

3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.

La causal de anulación conocida como “Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho” comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.

El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal “Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho”, cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.

5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repunte como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.

6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a resolver los cargos formulados, así:

3.1.1.- El primer cargo, que la recurrente denominó fallo en conciencia por déficit probatorio (primer evento), cuestiona el laudo por cuanto las pretensiones de contenido económico fueron negadas –equivocadamente en su sentir - pese a que la contradicción que, según el Tribunal de Arbitramento, existía entre la afirmación del perito del proceso arbitral anterior, las auditorías financieras del contrato y el dictamen pericial de la FGA (dictamen de parte presentado por Conhydra en el presente proceso arbitral), en torno a que las pérdidas operativas del período 1º de enero de 2000 a 30 de junio de 2007 era de \$411'481.761; pero, en ningún caso se estimó que no existieran dichas pérdidas, razón por la cual la liquidación del contrato no podía resultar en cero (0).

Para la Sala, resulta evidente que el impugnante pretende reabrir el debate sustancial que concluyó con la decisión arbitral impugnada, para que aquélla entre a revisar la liquidación del contrato, en cuanto al balance económico, con base en los medios de prueba que fueron valorados por el Tribunal de Arbitramento y que, finalmente, éste encontró insuficientes para acceder a las pretensiones económicas.

Al respecto, la Sala debe recordar que el juez del recurso extraordinario no es superior funcional del tribunal de arbitramento, pues la decisión arbitral se adopta en única instancia, de modo que con el laudo que decide la controversia queda agotado el debate sustancial y no está permitido que, a través del recurso extraordinario de anulación, se determine si fue correcto o no el discernimiento jurídico y la valoración probatoria que llevó a adoptar la decisión, pues ello redundaría en un análisis in judicando que no es válido en sede del recurso de anulación, debido a que este medio de impugnación no está concebido, en principio, para revisar tales aspectos de orden sustancial.

Lo que encuentra la Sala es que el laudo arbitral estimó que la prueba aportada para acreditar las pérdidas operativas del período referido por la recurrente no era confiable, tenía inexactitudes y la contabilidad de Conhydra S.A. E.S.P. no era llevada de forma acorde con las normas vigentes (decreto 2649 de 1993), lo cual, desde luego, no otorgaba certeza de las sumas reclamadas por la convocante y,

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subraya fuera del texto).

por consiguiente, debían ser negadas las pretensiones económicas. Tales razonamientos, sin lugar a dudas, fueron el producto de la valoración probatoria que pretende refutar la recurrente.

Por lo demás, lo que observa la Sala es que el cargo realiza una crítica a la decisión de tutela (T-466 de 2011), proferida por la Corte Constitucional, que dejó sin efectos el laudo arbitral emitido por el Tribunal de Arbitramento convocado con anterioridad, para resolver la misma controversia, cuestión que no guarda relación con la causal de anulación que se invoca, ni con el recurso extraordinario de anulación en general.

El cargo no prospera.

3.1.2.- Respecto del segundo cargo, denominado por la recurrente fallo en conciencia por déficit probatorio (segundo evento), en el cual cuestiona la incorporación de la prueba trasladada del proceso arbitral anterior al presente proceso, es del caso precisar que el aspecto probatorio asociado a la causal de anulación se asemeja a lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado en los últimos años “defecto fáctico”⁸⁴, como causal material de procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales⁸⁵.

En efecto, allí convergen los supuestos de la decisión adoptada con pruebas que carecen de soporte valorativo - normativo y el desconocimiento de la prueba, aspectos éstos que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que tienen la virtualidad de estructurar esta causal de anulación. Eso significa que el problema probatorio puede estar asociado a la dimensión negativa que comprende la omisión, el desconocimiento o el apartamiento del material probatorio por parte del juzgador, esto es, cuando sin razón válida, éste ignora la prueba válidamente recaudada y no hace, por tanto, un examen crítico que excluya su valoración por razones previamente definidas en la Constitución o la ley y, por consiguiente, desconoce el supuesto que emerge objetivamente de su contenido. Eso implica que puede suceder que, a pesar de que la decisión invoca el derecho positivo vigente y valora la prueba conforme a los cánones legales, finalmente se aparta de ella y adopta la decisión al margen de su contenido, para decidir conforme a los dictados de su conciencia o a su leal saber y entender (equidad).

La dimensión positiva, por su parte, abarca la valoración de la prueba que el juez no puede apreciar sin desconocer la Constitución o la ley⁸⁶, como cuando el fundamento de la decisión se halla en pruebas indebidamente recaudadas por violar la Constitución (prueba ilícita) o la ley (prueba ilegal). Esto es lo que la jurisprudencia de esta Corporación⁸⁷ ha llamado “carencia de soporte valorativo - normativo”, donde, a pesar de que el laudo arbitral invoca el derecho positivo, la decisión se adopta con base en prueba que debe ser marginada por ser obtenida con violación de la Constitución o de la ley.

En este caso, la recurrente adujo que la prueba trasladada carecía de soporte valorativo - normativo.

El problema, entonces, consiste en establecer si la prueba practicada en el proceso arbitral anterior, cuyo laudo dejó sin efectos la Corte Constitucional a través de la sentencia T-466 de 2011, pudo ser trasladada válidamente al proceso arbitral o si, por el contrario, no podía hacerlo.

La Sala considera que el hecho de que la Corte Constitucional haya dejado sin efectos el laudo no vicia la prueba válidamente aducida, incorporada, decretada y practicada en el proceso arbitral anterior, porque la decisión de tutela solo afectó el laudo, pero no el proceso mismo ni la prueba recaudada.

En efecto, la producción de la prueba es válida, es legal y podía ser trasladada, en la forma dispuesta por el artículo 174 del Código General del Proceso, pues, fue practicada por los particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia en condición de árbitros habilitados por las partes de forma temporal, para dirimir una controversia susceptible de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como lo establece el artículo 116 de la Constitución Política, de modo que en virtud de los principios de voluntariedad y habilitación la prueba fue incorporada y practicada por la autoridad competente, sin perjuicio de que la decisión adoptada haya sido dejada sin efectos.

⁸⁴ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes sentencias, todas de la Corte Constitucional: C-50 de 2005, SU-488 de 2011, SU-159 de 2012, T-218 de 2012 y SU-627 de 2015.

⁸⁵ Debe precisarse que la Corte Constitucional abandonó, desde hace años, el concepto de “vía de hecho” como supuesto que hacía viable la acción de tutela contra providencias judiciales, para denominarlo requisitos o causales materiales de procedencia de la tutela contra providencias judicial, pues en algunos casos se puede constatar violación de los derechos fundamentales, pese a que no se incurre en error judicial o vía de hecho judicial (SU-014 de 2011).

⁸⁶ Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990.

A lo anterior se agrega que la prueba fue incorporada y practicada con la intervención y audiencia de las mismas partes que hicieron parte del proceso arbitral que culminó con el laudo que ahora es objeto del recurso de anulación, de manera que se garantizó el derecho de contradicción de la prueba y, por lo mismo, podía ser estimada sin más formalidades, tal como lo contempla el citado artículo 174.

Lo expuesto conduce a que el simple hecho de que el proceso arbitral no termine con laudo o que el laudo haya sido anulado, invalidado o se haya dejado sin efectos no significa que la prueba desaparezca o que automáticamente se torne inválida. Debe existir una razón adicional para afirmar que la prueba practicada en un proceso arbitral cuyo laudo no se profirió o ha sido dejado sin efectos no es válida, como por ejemplo, cuando la razón para anular o dejar sin efecto el laudo es que la prueba en que se fundó la decisión es ilícita, valga decir, obtenida con violación al debido proceso o que fue practicada por un tribunal arbitral que no estaba habilitado para conocer del conflicto, porque en tal evento habría falta de competencia de quien decreta, incorpora y practica la prueba.

En este caso, la sentencia de tutela T-466 de 2011 dejó sin efectos la decisión arbitral producida en el proceso primigenio, porque la Corte Constitucional consideró que el tribunal de arbitramento incurrió en un defecto fáctico, en la medida en que realizó una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas obrantes en el expediente arbitral, especialmente, de los dictámenes periciales practicados, porque dedujo de aquéllos, sin que fuera posible hacerlo, el monto de la obligación de pagar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador.

Lo anterior significa que el defecto fáctico recayó sobre la providencia que efectuó la valoración de la prueba, pero no respecto de la prueba misma y, por consiguiente, no existe razón alguna para que ésta fuera desechada.

No son de recibo para la Sala los argumentos esbozados por la recurrente, en el sentido de que el proceso arbitral desapareció en el momento en que la Corte Constitucional dejó sin efectos el laudo y que, en consecuencia, no era posible trasladar la prueba practicada. Admitir tal planteamiento implicaría afirmar que el proceso arbitral lo constituye solamente el laudo y que, de no culminar con decisión de fondo, el proceso desaparece y las actuaciones surtidas en desarrollo del mismo también, lo cual es completamente desacertado.

En efecto, el planteamiento de la recurrente no se acompasa con los mandatos del inciso final del artículo 29⁸⁸ y con el artículo 43⁸⁹ de la ley 1563 de 2012, los cuales señalan que, cuando un proceso arbitral

⁸⁸ “ARTÍCULO 29. PROCESOS SOMETIDOS A LA JUSTICIA ORDINARIA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

“Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.

“Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez” (subraya fuera del texto).

⁸⁹ “ARTÍCULO 43. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

“Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

“Cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.

“La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

“De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso.

culmina sin laudo y aquél es remitido a la jurisdicción del Estado (ordinaria o contencioso administrativa) para que continúe el trámite o cuando el laudo arbitral es infirmado a través del recurso extraordinario de anulación, la prueba recaudada y el trámite, por regla general, conservan su validez, salvo cuando el pacto arbitral sea inexistente, inválido o inoponible, o cuando exista falta de jurisdicción o de competencia del tribunal arbitral para conocer del asunto, es decir, en últimas, cuando el asunto no podía ser tramitado ante la justicia arbitral, pues, naturalmente, la prueba no puede considerarse válidamente recaudada si lo ha sido por personas que no están habilitadas transitoriamente de la función pública de administrar justicia, pues tales personas no pueden decretar, practicar o incorporar pruebas en forma válida a un proceso judicial o arbitral.

Adicionalmente, tal como lo precisó el municipio, Conhydra S.A. E.S.P. nada manifestó en el proceso arbitral cuando se decretó el traslado de la prueba y venir a hacerlo solo ahora solo puede ser entendido como un actuar de mala fe, pues se reservó la inconformidad esperando las resultados del proceso arbitral para, en caso de que la decisión le fuera desfavorable, como en efecto lo fue, atacar el caudal probatorio a través del recurso de anulación.

El cargo no prospera.

3.1.3.- A través del tercer cargo, el recurrente cuestiona la decisión arbitral, por cuanto el proceso se tramitó con sujeción al Código General del Proceso, el cual, según el recurrente, no se hallaba vigente.

Para la Sala, resulta evidente que el cargo no guarda relación con la causal de anulación invocada, pues el laudo en conciencia, por el aspecto normativo, dice relación con el contenido del laudo, es decir, cuando la controversia planteada se soluciona con total ausencia de las normas del derecho positivo o de las fuentes principales del derecho constitucionalmente establecidas, pero nada tiene que ver con la regularidad del proceso arbitral o la normatividad que resultaba aplicable al trámite, como equivocadamente lo quiere hacer ver el recurrente.

Si la recurrente consideraba que la norma que gobernaba el trámite arbitral no era el Código General del Proceso, porque no se hallaba vigente, debió advertirlo dentro del proceso mismo, a través de la aducción de la causal de nulidad procesal adecuada para tales eventos, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico; pero, de nuevo, su conducta no se acompasa con la buena fe y la lealtad procesal que deben observar todos los intervinientes en los procesos judiciales y arbitrales, pues no es admisible que guarde silencio durante todo el trámite procesal y solo plantee la inconformidad en el recurso extraordinario de anulación.

Tal proceder, como se dijo, solo refleja que el recurrente esperaba el sentido del laudo arbitral y, en caso de ser desfavorable a sus intereses, cuestionar todo el trámite de forma extemporánea.

El cargo no prospera.

3.2. La recurrente adujo también la causal de anulación contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, "Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

La causal de anulación invocada se encuentra dirigida a preservar el principio de congruencia de los fallos, principio que actualmente se halla consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, el cual dispone que "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

La incongruencia, vista de manera general, abarca tres supuestos perfectamente definidos: (i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (ultra petita), (ii) cuando el fallo concede algo distinto de lo pedido (extra petita) y, (iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal prevista en el citado numeral 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 comprende tanto los fallos ultra, como los extra y los citra petita, a diferencia de lo que ocurría en la normatividad anterior, donde los fallos ultra y extra petita estaban contemplados en la causal 8 del artículo 163 del decreto-ley 1818 de 1998, mientras que el fallo citra petita estaba contemplado en el numeral 9 de la misma norma.

La disposición en cita impone al juez la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y con las excepciones propuestas en la contestación de la misma, exigencia que se torna

"Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público" (subrayas fuera del texto).

aún más estricta en tratándose de laudos arbitrales, por cuanto las facultades de los árbitros devienen de la voluntad de las partes (principio de voluntariedad) materializada en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) y, por consiguiente, dichas facultades quedan totalmente restringidas a lo convenido por ellas (principio de habilitación).

Así, pues, la causal prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra, extra o citra petita, es decir, cuando: (i) el laudo recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento, por no tener el carácter de transigibles (ii) el laudo decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes, (iii) el laudo excede la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvención y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis y (iv) cuando el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, esto es, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos⁹⁰.

En este caso, para estructurar la causal de anulación, la recurrente adujo que "... en realidad la decisión se apoya exclusivamente en un (sic) cuidado para evitar una supuesta 'vía de hecho', es decir, en simplemente seguir los lineamientos del fallo de tutela ..."⁹¹, pues "... los señores árbitros bien encausados en la controversia, con conocimiento de ella, deciden como si ella se limitara a si la contabilidad de Conhydra es confiable ..."⁹².

Para la Sala, los argumentos esbozados por la recurrente carecen de virtualidad para estructurar la causal de anulación invocada, pues simplemente reduce el ataque a las consideraciones vertidas por los árbitros para negar las pretensiones de contenido económico; pero, con tal afirmación implícitamente está aceptando que el Tribunal decidió dichas pretensiones, solo que de forma negativa, de modo que no existe un fallo citra petita, sino un fallo desfavorable a sus intereses.

Que el convocante no esté satisfecho con el sustento jurídico que expuso el Tribunal para negar las pretensiones económicas es algo que se aleja de lo que constituye un fallo citra petita, es decir, de aquel que deja de decidir la totalidad de las pretensiones de la demanda.

La acusación no prospera.

4. Condena en costas.

Como el recurso extraordinario no prosperó se condenará en costas al recurrente (artículo 43, Ley 1563 de 2012).

En la liquidación en costas se incluirá, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el numeral 1.12.2.3 del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

F A L L A:

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Conhydra S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral del 18 de septiembre de 2015 y contra el auto de corrección del 7 de octubre del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas en el "Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo", celebrado el 28 de agosto de 1996 entre el consorcio Sagas - Hydra (cedido posteriormente a Conhydra - parte convocante) y Acuantioquia S.A. E.S.P. (hoy liquidada) y cedido por esta última al municipio de Turbo, el cual, a su vez, lo cedió a Aguas de Urabá S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDÉNASE en costas a Conhydra S.A. E.S.P.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencias del 20 de mayo de 2004 (exp. 25.759), del 4 de abril de 2002 (exp. 20.356) y del 2 de marzo de 2006 (exp. 29.703).

⁹¹ Folio 1650, Cd. Consejo.

⁹² Folio 1651, Cd. Consejo.

Liquidense por Secretaría de la Sección e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA