

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Infundado / LAUDOS ARBITRALES – Contrato de concesión portuaria suscrito entre Ocesa y la ANI / LAUDOS ARBITRALES – Causales 7 y 8

Síntesis del caso: El 6 de diciembre de 1996, la Superintendencia General de Puertos y Ocesa suscribieron el contrato de concesión portuaria n.º 016 para la construcción y operación de las instalaciones costa afuera de un nuevo terminal petrolero en Coveñas destinado al cargue de crudo de exportación, el que se destinó originalmente al servicio privado. Mediante otrosí n.º 1, sin fecha, la Superintendencia General de Puertos cedió su posición contractual al Instituto Nacional de Concesiones, INCO. Por medio del otrosí n.º 2 del 24 de octubre de 2011 se modificaron varias cláusulas del contrato, para lo que aquí interesa las cláusulas 2ª y 3ª del modificatorio impusieron a Ocesa el pago de una nueva contraprestación, en lo que respecta la primera, y un reajuste a esa obligación cuando entrara en vigencia del Conpes n.º 3744 de 2013, en cuanto a la otra. La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Oleoducto Central S.A., en contra del laudo del 26 de julio de 2018 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la mencionada y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en calidad de convocada y cesionaria del contrato de concesión portuaria.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Para conocer de la anulación de laudos arbitrales en los que interviene una autoridad pública

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de concesión portuaria n.º 016 del 6 de diciembre de 1996, en el que una de las partes, inicialmente la Superintendencia General de Puertos y después el INCO, que fue reemplazado por la ANI, es una entidad pública.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 46 / DECRETO 4165 DE 2011 – ARTÍCULO 1

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Régimen legal / LAUDOS ARBITRALES – En derecho, en equidad o técnico / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – No es una instancia adicional / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Causales taxativas / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Procedencia / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Efectos de la anulación

Según la referida ley [Ley 1563 de 2012, artículo 119], el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, en los tribunales en que intervenga una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2). (...) Ahora, las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 ejusdem, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, 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, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla. (...) Igualmente, 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. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, consultar el régimen aplicable a los contratos estatales, consultar sentencias de 8 de junio de 2006, Exp. 29476 y Exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 119 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 1 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 2 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 42 INCISO FINAL / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 43

LAUDOS ARBITRALES – Criterios jurisprudenciales antes de la expedición de la ley de arbitramento

[V]ale recordar cuáles eran esos criterios: (a) que el fallo no se apoyara en el derecho positivo y vigente, (b) que el fallo se dictara exclusivamente en equidad, (c) la imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros, (d) que el fallo no considerara las pruebas y (e) que el fallo no constituyera una vía de hecho, o defectos de la motivación o equivocación. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los criterios definidos por la jurisprudencia antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, consultar sentencia de 8 de agosto de 2012; Exp. 43089 C.P. Enrique Gil Botero y de 26 de abril de 2017, Exp. 55852, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

LAUDOS ARBITRALES – Causal séptima / LAUDO PROFERIDO EN DERECHO – Improcedencia en el trámite de anulación del laudo arbitral / FALLO EN CONCIENCIA Y VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO – Diferencias / FALLO EN CONCIENCIA – Falta absoluta o apariencia de sus fundamentos jurídicos / FALLO EN CONCIENCIA Y VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO – Facultades de los jueces de tutela y de anulación

[E]n la actualidad es preciso que el laudo tenga respaldo jurídico o en derecho, entendido este en la proporción y dimensión de las mismas facultades que ostenta el juez contencioso administrativo en sus juicios, sin que en sede del recurso de anulación del laudo arbitral pueda calificarse la vigencia de esas fuentes, so pena de revisar el fondo del asunto, prohibición expresa en la Ley 1563 de 2012. 62. Por lo tanto, para que el laudo sea considerado en derecho deberá fundamentarse en las fuentes de derecho o, en sentido negativo, será fallo en conciencia y no en derecho, el que no se fundamente en fuente alguna de derecho; sin embargo, precisa aquí reiterar la posición de la jurisprudencia en relación con las fuentes del derecho, en tanto la mínima referencia que se haga de ellas permite predicar un arbitraje en derecho, siempre que ese mínimo esté conectado con el sentido de la decisión, hasta el punto que no pueda calificarse como absolutamente descontextualizada o con el simple propósito de dar apariencia de ser una decisión en derecho. (...) En efecto, una de las causales de la vía de hecho se produce cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado por su absoluta inadvertencia, al tiempo que se predica que la decisión es en conciencia cuando prescinde por completo de la referencia a una fuente de derecho, lo cual deberá ser evidente, hasta el punto que es improcedente juzgar el fondo del asunto. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la diferencia entre la configuración de una vía de hecho por

defecto sustantivo y el fallo en conciencia, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 23 de febrero de 2012, Exp. T- 3.186.532.

FALLO EN CONCIENCIA – Falta absoluta o apariencia de sus fundamentos jurídicos / FALLO EN CONCIENCIA Y VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO – Facultades de los jueces de tutela y de anulación / FALLO EN EQUIDAD – Prohibición constitucional y legal

En ese escenario, los jueces, el de tutela y el de anulación, tienen límites y dentro de ellos deben resolver. De suerte que el juez de anulación no puede aseverar que el fallo en conciencia sea una vía de hecho, porque sus limitantes se lo impiden, mientras que el juez de tutela sí podrá concluir que además de un fallo en conciencia hay una vía de hecho, dadas sus amplias facultades. Igualmente, puede ocurrir que en sede de anulación el recurrente sostenga la existencia de una vía de hecho que suponga revisar el fondo del asunto. En este hipotético, la vía procesal no será el recurso de anulación, dadas las limitantes del juez, sino la acción de tutela. (...) En suma, este criterio tiene plena vigencia, en el entendido que se prohíbe a los árbitros fallar exclusivamente en equidad. Igualmente, vale advertir que un laudo dictado en estos términos constituye una vía de hecho, por cuanto se impone la regla de que todo fallo en conciencia es una vía de hecho, aunque no a la inversa. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la prohibición de que los jueces profieran fallos en equidad, se puede examinar la sentencia de la Corte Constitucional C- 284 de 13 de mayo de 2015; Exp. D-10455.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 – ARTÍCULO 163 NUMERAL 6 / LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 7

FALLO EN CONCIENCIA – Por falta de valoración probatoria / LAUDO ARBITRAL SIN FUNDAMENTOS PROBATORIOS – No implica la revisión del asunto

[S]i en la decisión arbitral no hay fundamento probatorio o sin justificación se desconoce o se aparta de las pruebas se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros. 77. Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos

probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio.

FALLO EN CONCIENCIA Y NO EN DERECHO – Imposibilidad de juzgar la interpretación arbitral / FALLO EN CONCIENCIA Y NO EN DERECHO – Imposibilidad de juzgar el laudo como errado o deficiente / FALLO EN CONCIENCIA – Es el carente de motivación / FALLO EN CONCIENCIA Y NO EN DERECHO – Cargo infundado

Esta es una limitación que se erigió jurisprudencialmente antes de la Ley 1563 de 2012 y que se acogió expresamente por esta última normatividad en el inciso final del artículo 42. En consecuencia, esta restricción tiene plena vigencia y, por consiguiente, al recurrente ni al juez le es procedente atacar o pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo. (...) Con relación a la vía de hecho, es preciso reiterar que esta exige un análisis de fondo del asunto, mientras que el fallo en conciencia se limita a constatar lo evidente, sin adentrarse en los análisis que impone la vía de hecho. En consecuencia, toda vez que la prohibición de pronunciarse sobre el fondo del asunto se mantiene en el ordenamiento legal actual, fuerza concluir que este es un criterio vigente en aras de limitar el ejercicio de los recurrentes y el pronunciamiento del juez del recurso de anulación. (...) En lo que tiene que ver con la motivación, es claro que la inexistencia de motivos en estricto sentido sí constituye un laudo en conciencia, en tanto así se ha sostenido de manera pacífica al señalar que la falta de motivos de derecho o probatorios o, incluso, la apariencia de esos fundamentos (bien porque se citan normas o pruebas para dar la apariencia de una decisión en derecho, en tanto buscan desviar el fundamento subjetivo de la decisión), corresponden a una decisión subjetiva de los jueces. (...) Conforme a lo expuesto, para la Sala no está probado que se haya fallado en equidad o en conciencia, en tanto además de que existe el fundamento jurídico y probatorio en el laudo, se tiene que las discrepancias del recurso extraordinario rayan con la revisión del fondo del asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42 INCISO FINAL

LAUDOS ARBITRALES – Causal octava / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS O ERRORES – Deben influir en la decisión y haber sido

**alegadas en la oportunidad correspondiente / CAUSAL 8 – Cargo infundado.
Se pretende modificar la decisión arbitral**

[E]sta causal se configura por disposiciones contradictorias y errores aritméticos y gramaticales (omisión, cambio o alteración de palabras), contenidos en la parte resolutive o que influyan en ella, siempre que se hubieran alegado en oportunidad ante el Tribunal. (...) [A]l revisar el fondo se advierte ab initio que no se trata de una contradicción en estricto sentido, sino más una solicitud de modificación de lo decidido. (...) De suerte que la motivación contenida en el laudo resulta consecuente con la decisión de denegar la prosperidad de las pretensiones y excepciones de Ocenso. Ahora, calificar ese entendimiento es una tarea que no corresponde a la Sala en esta sede. Lo cierto es que no existe contradicción entre lo expuesto en la parte considerativa y lo resuelto en ella, más bien lo que se pretende es que se revise lo expuesto por el Tribunal en sus considerandos para cambiar lo resuelto, lo que desborda la competencia de la Sala. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la configuración de esta causal, puede consultarse la sentencia de sentencia del 25 de julio de 2016; Exp. 55477, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONDENA EN COSTAS – Se condena en 5 smlmv por la improsperidad de los cargos / CONDENA EN COSTAS – Por analogía y resultar más acorde, se aplica la regla de anulación de la jurisdicción civil

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados no prosperaron, se impone condenar en costas, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012. Para el efecto, frente a las agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 6° establece las distintas tarifas, particularmente, en su numeral 1.12.2.3. regula la correspondiente al recurso de anulación de laudos arbitrales en la jurisdicción civil, fijándola en un monto de “Hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 – ARTÍCULO 43 / ACUERDO 1887 DE 2003 – ARTÍCULO 6 NUMERAL 1.12.2.3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00187-00(62702)

Actor: OLEODUCTO CENTRAL S.A., OCENSA

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Referencia: Recurso de anulación de laudo arbitral

La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Oleoducto Central S.A., en adelante Ocesa, en contra del laudo del 26 de julio de 2018 proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la mencionada y la Agencia Nacional de Infraestructura, en lo que sigue ANI, en calidad de convocada y cesionaria del contrato de concesión portuaria n.º 16 del 6 de diciembre de 1996. La decisión cuestionada resolvió (fls. 589 a 592, c. ppal del recurso de anulación):

Primero. Declarar probadas las siguientes excepciones de mérito propuestas por la ANI frente a la demanda reformada: “7.1 INEXISTENCIA DE CONSTREÑIMIENTO, PRESIÓN O DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO ALGUNO EJERCIDO POR EL INCO –HOY ANI- PARA LOGRAR LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ N.º 02 DE 2011 POR PARTE DE LA CONVOCANTE”; “7.3 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE EMERGEN DEL CONTRATO POR PARTE DE OCENSA, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES Y POR TANTO OCENSA DEBE CUMPLIR LO DISPUESTO EN EL OTROSÍ N.º 2 AL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA; “7.4 CONTRATO NO CUMPLIDO”; “7.6 INTERPRETACIÓN ERRADA DEL CONTRATO Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO”; 7.7. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE PERMITEN CONFIGURAR LA TEORÍA DEL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”; “7.9 INEXISTENCIA DE OBJETO ILÍCITO EN EL CLAUSULADO DEL OTROSÍ N.º 2 DE 2011 AL CONTRATO DE CONCESIÓN 016 DE 1996”; “7.11.a. OCENSA NO HA PAGADO LA CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN EL OTROSÍ N.º 2 DE 2011”; “7.11.b. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA ANI POR HACER EXIGIBLE A OCENSA LO PACTADO EN EL OTROSÍ N.º 2, EN CUENTO AL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA SE REFIERE”; “7.12 INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ANI DE RECONOCER Y PAGAR SUMAS DE DINERO A FAVOR DE OCENSA”.

Segundo. Negar las demás excepciones formuladas en la contestación de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero. Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda principal reformada, tanto las principales como subsidiarias, formuladas por OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-.

Cuarto. Negar la totalidad de las excepciones de mérito propuestas por OCENSA frente a la demanda de reconvención reformada.

Quinto. Negar las pretensiones primera principal, segunda principales, tercera principal, primera subsidiaria de la tercera principal, cuarta y quinta de la demanda de reconvención reformada, así como la pretensión primera subsidiaria a la tercera principal de la demanda de reconvención reformada, planteadas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI.

Sexto. Declarar que, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011 del contrato de concesión n.º 016 de 1996, la metodología aplicable para el cálculo de la contraprestación que debe pagar concesionario (sic) OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA, es la establecida en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma, de conformidad con lo establecido en las consideraciones del laudo, con lo cual prospera la pretensión primera subsidiaria de la primera principal formulada por la ANI en la demanda de reconvención reformada.

Séptimo. Declarar que el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA incumplió parcialmente el contrato de concesión n.º 016 de 1996, como quiera que no ha pagado la totalidad de la contraprestación portuaria a que está obligado, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma, con lo cual prospera la pretensión primera subsidiaria de la segunda principal formulada por la ANI en la demanda de reconvención reformada.

Octavo. Abstenerse de imponer a OCENSA y a la ANI la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva del laudo.

Noveno. Condenar, a título de costas (gastos del proceso y agencias en derecho) a OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA- a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- la suma de MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL VEINTICUATRO PESOS (\$1.264.742.024).

Décimo. Ordenar, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI- el reconocimiento y pago a OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA de la suma de MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS (\$1.780.332.460) correspondiente a la parte de los honorarios y gastos que aquella hubo de pagar, menos el valor o los valores que haya abonado a dicha suma, más los intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que se cancela la totalidad de las sumas debidas.

Décimo primero. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, y al Ministerio Público con las constancias de ley.

Décimo segundo. Ordenar que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para honorarios y gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de esta última partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Décimo tercero. En firme este laudo se causará el saldo de los honorarios de los árbitros y del Secretario, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagar a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complementa.

Décimo cuarto. Disponer que, en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

I. ANTECEDENTES

1.1. El contrato

1. El 6 de diciembre de 1996, la Superintendencia General de Puertos y Ocesa suscribieron el contrato de concesión portuaria n.º 016 para la construcción y operación de las instalaciones costa afuera de un nuevo terminal petrolero en Coveñas destinado al cargue de crudo de exportación, el que se destinó originalmente al servicio privado (fls. 77 y 78, c. pruebas 1, cláusula primera).

2. Mediante otrosí n.º 1, sin fecha, la Superintendencia General de Puertos cedió su posición contractual al Instituto Nacional de Concesiones, INCO (fls. 230 a 232, c. pruebas 1).

3. Por medio del otrosí n.º 2 del 24 de octubre de 2011 se modificaron varias cláusulas del contrato, para lo que aquí interesa las cláusulas 2ª y 3ª del modificatorio impusieron a Ocesa el pago de una nueva contraprestación, en lo que respecta la primera, y un reajuste a esa obligación cuando entrara en vigencia del Conpes n.º 3744 de 2013, en cuanto a la otra (fls. 292 a 303, c. pruebas 1).

1.2. El pacto arbitral

4. En la cláusula décima octava del contrato en estudio se pactó que “[s]alvo la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como, de las cláusulas excepcionales que contengan los principios previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, cualquier disputa o controversia surgida con relación al presente contrato, que se susceptible de transacción y que no pueda arreglarse directamente entre las partes, o que no sea sometida a arbitramento técnico según lo establecido más adelante en esta misma cláusula, será dirimida bajo las reglas de arbitramento vigentes en Colombia al momento en que se solicita el mismo, por una de las dos partes” (fl. 98, c. pruebas 1). En la misma estipulación se fijaron las reglas para la aplicación de dicho acuerdo (fls. 99 y 100, c. pruebas n.º 1).

1.3. La demanda arbitral

5. El 22 de diciembre de 2015 (fl. 1, c. ppal 1), Ocesa presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas dentro del contrato de concesión portuaria n.º 16 del 6 de diciembre de 1996 (fls. 1 a 64, c. ppal 1).

6. El 23 de noviembre de 2016, la demanda fue reformada e integrada en un solo texto y cuyas declaraciones y condenas se resumen así (fls. 41 a 52, c. ppal 2):

6.1. Pretensiones principales

6.1.1. Que se declare que Ocesa no debe a la ANI por concepto de la contraprestación portuaria contenida en el contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996 y sus otrosíes.

6.1.2. Que se declare que la ANI incumplió el contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996 al recalcular y cobrar la contraprestación portuaria a cargo de Ocesa, con base en la metodología establecida en el Conpes n.º 3744 del 15 de abril de 2013.

6.1.3. Como consecuencia de la prosperidad parcial o total de la anterior pretensión, se declare el incumplimiento contractual de la ANI y la generación de la inestabilidad e inseguridad de Ocesa, la cual no estaba obligada a soportar.

6.1.4. Que por la prosperidad parcial o total de las anteriores pretensiones, se declare el rompimiento del equilibrio contractual a favor de Ocesa y en contra de la ANI.

6.1.5. Que la ANI está en la obligación de restablecer la ecuación económica surgida al momento de la firma del contrato de concesión a favor de Ocesa.

6.1.6. Que para restablecer la ecuación económica, la ANI debe indemnizar a Ocesa *“un monto equivalente a la diferencia entre los ingresos proyectados del concesionario al momento de la firma del contrato de concesión portuaria n.º 016 de 6 de diciembre de 1996 y aquellos efectivamente percibidos a diciembre de 2016”* (fl. 42, c. ppal 2).

6.1.7. Que se declare y condene a la ANI a pagarle a Ocesa por concepto de desequilibrio económico no menos de USD\$43.318.048 del año 1996 o lo que se pruebe.

6.2. Primer grupo de pretensiones subsidiarias

6.2.1. Que Ocesa no debe ningún monto por la contraprestación portuaria de que trata el contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996.

6.2.2. Que tampoco se cumplen los requisitos para incrementar la contraprestación portuaria dentro de la referida concesión.

6.2.3. Que entre el 24 de octubre de 2001 y hasta la fecha de la presentación de la demanda no se produjo ninguna modificación.

6.2.3.1. Como subsidiaria se propuso que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 y las resoluciones n.º 596 y 873 de 2004, entre las fecha señaladas no hubo incremento de la contraprestación portuaria.

6.2.4. Que Ocesa no estaba obligada a pagarle a la ANI la suma de USD\$2.885.334 por la suscripción del otrosí n.º 2 al contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996.

6.2.4.1. Como primera subsidiaria, la parte actora pidió que se declare que Ocesa pagó indebidamente la suma de USD\$2.885.334 por la contraprestación portuaria del pluricitado contrato de concesión.

6.2.4.2. Como segunda subsidiaria, solicitó que se declare que el pago de la suma de USD\$2.885.334 fue contrario al artículo 17 de la Ley 1 de 1991 y a las resoluciones 596 y 873 de 2004.

6.2.5. Que la ANI debe reembolsarle a Ocesa la suma de USD\$2.885.334.

6.2.6. Que se declare que la ANI no podía incrementar y cobrar la contraprestación portuaria a cargo de Ocesa en el marco de la concesión n.º 016 de 1996.

6.2.7. Que se condene a la ANI a pagar a Ocesa la suma de USD\$2.885.334.

6.3. Segundo grupo de pretensiones subsidiarias

6.3.1. Que Ocesa pagó en su integridad la contraprestación portuaria pactada en el contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996.

6.3.2. Que Ocesa pagó en su integridad la contraprestación adicional contemplada en la cláusula segunda del otrosí n.º 2 del contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996.

6.3.3. Que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, las resoluciones 596 y 873 de 2004 y el Conpes 3744 de 2013, se declare que la metodología para el cálculo de la contraprestación portuaria del referido Conpes no le resulta aplicable a la concesión n.º 016 de 1996.

6.3.4. Que desde el 24 de octubre de 2011, cuando se suscribió el otrosí n.º 2 a la concesión en estudio, no se ha producido ninguna otra modificación.

6.3.5. Que la ANI no puede calcular la contraprestación portuaria a Ocesa con la metodología establecida en el Conpes 3744 de 2013.

6.3.6. Que la ANI incumplió el contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996 por incrementar y cobrar la contraprestación portuaria a cargo de Ocesa.

6.3.7. Que la ANI se abstenga de recalcular y cobrar la contraprestación con la metodología del Conpes 3744 de 2013.

6.3.8. Que la ANI debe reintegrar a Ocesa las sumas que esta pague por el recalcado de la contraprestación portuaria.

6.3.9. Que la ANI pague a Ocesa las sumas del numeral precedente.

6.4. Tercer grupo de pretensiones subsidiarias

6.4.1. Que Ocesa pagó y sigue pagando en su integridad la contraprestación portuaria a la ANI.

6.4.2. Que se declare la nulidad de la cláusula tercera del otrosí n.º 2 del contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996 por objeto ilícito.

6.4.2.1. Como primera pretensión subsidiaria, solicitó que se declarara la nulidad del mismo otrosí, pero por fuerza de la ANI sobre Ocesa.

6.4.2.2. Como segunda pretensión subsidiaria, reiteró la solicitud de nulidad del referido otrosí, pero por error en el negocio.

6.4.3. Que entre el 24 de octubre de 2011 y la presentación de la demanda no se ha producido ninguna modificación a la concesión.

6.4.4. Que la ANI no puede recalcular la contraprestación portuaria con base en el Conpes n.º 3744 de 2013.

6.4.5. Que la ANI no debe recalcular la contraprestación portuaria.

6.4.6. Que la ANI debe restituirle y pagarla a Ocesa cualquier suma pagada por la contraprestación recalculada por la primera en mención.

6.5. Pretensiones comunes a todos los grupos de pretensiones

6.5.1. Que las sumas que deba devolver la ANI se liquiden a la Tasa Representativa del mercado en que se produzca el pago.

6.5.2. Que se paguen los intereses moratorios correspondientes.

6.5.2.1. Como primera subsidiaria, solicitó que la ANI reconozca los intereses moratorios comerciales.

6.5.2.2. Como segunda subsidiaria, que se actualicen las sumas que se ordenen pagar.

6.5.3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la ANI.

7. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 6 a 41, c. ppal 1):

7.1. Ocesa fue constituida para construir, operar, administrar y explotar comercialmente el oleoducto entre los campos petroleros de Cupiagua y Cusiana, Casanare, y el terminal marítimo en Coveñas, Sucre.

7.2. Mediante resolución n.º 506 del 16 de julio de 1996, la Superintendencia General de Puertos, SGP en adelante, autorizó a Ocesa para iniciar las obras de dragado y apertura de una zanja marina para la construcción de un puerto en las instalaciones costa afuera del terminal marítimo de Coveñas.

7.3. Mediante resolución n.º 832 del 29 de octubre de 1996, la SGP otorgó la concesión portuaria a Ocesa para la construcción del puerto arriba reseñado.

7.4. El 6 de diciembre de 1996, la SGP y Ocesa suscribieron el contrato de concesión portuaria n.º 016 para la construcción y operación de un puerto en las instalaciones costa afuera del terminal marítimo de Coveñas, destinado a la prestación de un servicio privado.

7.5. El Decreto 101 de 2000 estableció que las funciones de la SGP, en materia de concesiones portuarias, se trasladaron al Ministerio de Transporte. Por medio de los Decretos 1800 y 2053 de 2003 la referida cartera las cedió al Instituto Nacional de Concesiones, INCO, a través del otrosí n.º 1. Finalmente, por medio del Decreto 4165 de 2011, las referidas funciones se trasladaron a la ANI.

7.6. En la cláusula décima primera de la concesión se pactó que Ocesa debía pagar a la concedente la suma de USD\$3.081.481.62 por concepto de contraprestación base. Esa obligación se calculó con base en la Ley 1 de 1991 y las resoluciones 596 y 873 de 1994.

7.7. Como consecuencia de la solicitud de modificación de la concesión realizada por Ocesa se suscribió el otrosí n.º 2 del 24 de octubre de 2011, con el fin de cambiar la modalidad del servicio del puerto de privada a pública y solventar así la mala situación económica de la concesión; sin embargo, la concedente de forma

arbitraria impuso una contraprestación portuaria adicional como consecuencia de la suscripción del citado otrosí por la suma de USD\$2.885.334; la concesionaria documentó su oposición, aun cuando firmó dicho modificadorio debido a la necesidad del mismo para la viabilidad de la concesión.

7.8. La ANI ha insistido en la reliquidación y cobro de la contraprestación con base en el Conpes n.º 3744 de 2013.

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

8. El 20 de abril de 2016 se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y se inadmitió la demanda (fls. 217 a 220, c. ppal 1). El 4 de mayo siguiente se admitió (fls. 236 y 237, c. ppal 1).

1.5. La oposición de la convocada

9. La ANI (fls. 108 a 177, c. ppal 2), después de pronunciarse *in extenso* sobre cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, concluyó que se limitó a aplicar lo regulado en las normas aplicables y en el contrato y sus modificaciones, especialmente lo contenido en el otrosí n.º 2, al tiempo que el concesionario se sustrajo a esas disposiciones.

10. Propuso como excepciones de mérito (i) la inexistencia de vicios del consentimiento, como quiera que no hay pruebas que den cuenta de la fuerza, error o dolo alegados por la convocante; (ii) la prescripción del vicio de nulidad alegado de corroborarse la fecha de suscripción del otrosí n.º 2 y la presentación de la

demanda; (iii) incumplimiento por parte de Ocesa, en tanto desatendió lo pactado en el otrosí n.º 2 sobre el pago de la contraprestación portuaria. Con ese mismo argumento propuso la (iv) excepción de contrato no cumplido, (v) la violación del principio de buena fe, (vi) la interpretación errada del contrato y (vii) de las normas aplicables al contrato.

11. También excepcionó (vii) la improcedencia de la teoría del rompimiento del equilibrio económico del contrato, toda vez que fue Ocesa al suscribir libre y voluntariamente el otrosí n.º 2 la que determinó que el pago de la contraprestación portuaria se hiciera con base en la metodología del Conpes n.º 3744 de 2013.

12. Igualmente, propuso (viii) la improcedencia de la teoría del derecho adquirido, en tanto la discusión de fondo se centró en la vinculación para las partes del otrosí n.º 2 y no de la aplicación de normas en el tiempo que reconocieran derechos.

13. Adujo (ix) la inexistencia de objeto ilícito, toda vez que el otrosí n.º 2 se suscribió libre y voluntariamente por Ocesa, sin que ese acuerdo desconociera las normas de orden público.

14. Propuso (x) la caducidad de la acción, como quiera que el fundamento de hecho y derecho se concretó en el otrosí n.º 2 del 24 de octubre de 2011. Como desde esa fecha y la presentación de la demanda transcurrieron más de dos años se tiene que declarar probada esta excepción.

15. Sostuvo (xi) que Ocesa no ha pagado la contraprestación portuaria pactada en el otrosí n.º 2 y (xii) que la ANI se limitó a exigir su cumplimiento, razón por la cual no debe reconocer ni pagar suma alguna a la convocante.

1.6. La demanda de reconvención²

16. Dentro de la demanda de reconvención se formularon las siguientes pretensiones (fls. 206 y 207, c. ppal 2)³:

PRIMERA: Que se declare que de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, la metodología aplicable para el cálculo de la contraprestación que debe pagar el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA, a partir de mayo 29 de 2013, es la establecido en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, la metodología aplicable para el cálculo de la contraprestación que debe pagar el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA, es la establecida en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

SEGUNDA. Que se declare que el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA incumplió el contrato de concesión n.º 016 de 1996, por el no pago de la contraprestación portuaria en los términos establecidos en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA incumplió parcialmente el contrato de concesión n.º 016 de 1996, como quiera que no ha pagado la totalidad de la contraprestación portuaria a

que está obligado, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

TERCERA. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA, que pague el valor de la contraprestación portuaria que resulte aprobada, calculada en los términos establecidos en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013, en favor de los beneficiarios de la misma, que de acuerdo con la cláusula segunda del otrosí n.º 02 de 24 de octubre de 2011 y la Ley 856 de 2003, la contraprestación por Zona de Uso público ZUP se distribuye 80% Nación-INVÍAS y 20% municipio de San Antero y la contraprestación por infraestructura es 100% Nación.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA que pague la diferencia entre el valor de la contraprestación portuaria que ha venido pagando y el valor de la contraprestación a que está obligado pagar de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma, conforme con lo que resulte probado en el presente proceso, en favor de los beneficiarios de la misma, que de acuerdo con la cláusula segunda del otrosí n.º 02 de 24 de octubre de 2011 y la Ley 856 de 2003, la contraprestación por Zona de Uso Público ZUP se distribuye 80% Nación-INVÍAS y 20% municipio de San Antero y la contraprestación por infraestructura es 100% Nación.

CUARTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA a pagar en favor de LA NACIÓN-AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima quinta del contrato de concesión n.º 016 de 1996, a razón del diez por ciento (10%) del valor total de la contraprestación.

QUINTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA a pagar en favor de la NACIÓN-INVÍAS y del municipio de San Antero, intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre las sumas anteriores, calculados desde el 29 de mayo de 2013 y hasta la fecha en que se dicte el laudo correspondiente y/o hasta el pago efectivo de la obligación.

SEXTA. Que se condene en costas y agencias en derecho al concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA.

17. La Sala se abstendrá de incorporar los supuestos fácticos de la reconvencción, en tanto guardan similitud con los de la demanda de Ocensa, salvo algunas argumentaciones de tipo jurídico (fls. 208 a 210, c. ppal 2).

1.7. La contestación de la demanda de reconvencción

18. Ocensa fundamentó su oposición con similares argumentos a los expuestos en su demanda (fls. 243 a 328, c. ppal 2). Así, propuso como excepciones de mérito (i) el cumplimiento contractual, (ii) su buena fe, (iii) el pago, (iv) el incumplimiento de su extremo contractual, (v) la caducidad de la acción, (vi) indebida interpretación de las cláusulas contractuales por parte de la ANI, (vii) nulidad absoluta de la cláusula tercera del otrosí n.º 2, (viii) violación del principio de legalidad, por aplicar errónea de normas al contrato, (ix) desequilibrio económico de la concesión, (x) abuso de la posición contractual por parte de la ANI, (xi) enriquecimiento sin causa, (xii) excepción de contrato no cumplido, (xiii) falta de legitimación en la causa por activa, dada la improcedencia absoluta de las pretensiones de la ANI y (xiv) la desnaturalización de la cláusula penal.

1.8. Definición de la competencia del Tribunal de Arbitramento

19. Dentro de la primera audiencia de trámite, efectuada el 5 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del asunto (fls. 410 a 429, c. ppal 2).

1.9. El laudo arbitral recurrido

20. El 26 de julio de 2018 (fls. 319 a 598, c. ppal del recurso de anulación), el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo que resolvió el presente asunto.

21. Para resolver, el Tribunal empezó por desestimar la caducidad de la acción (fls. 413 a 444, c. ppal del recurso de anulación).

22. Después centró el problema jurídico de la cuestión en (i) el alcance vinculante de lo pactado en el otrosí n.º 2; (ii) el cumplimiento de dicho acuerdo, y (iii) la aplicabilidad del Conpes n.º 3744 de 2013 (fls. 444 a 446, c. ppal del recurso de anulación).

23. Para abordar esas problemáticas inició por definir la naturaleza jurídica del contrato de concesión portuaria (elementos, particularidades y marco jurídico aplicable) (fls. 446 a 457, c. ppal del recurso de anulación).

24. Continuó con el análisis del contrato de concesión portuaria n.º 016 de 1996 y sus modificaciones (fls. 457 a 481, c. ppal del recurso de anulación). Aquí interpretó el alcance de las cláusulas originales y sus modificaciones, para lo cual se valió de las pruebas aportadas, la jurisprudencia y las normas que consideró aplicables (fls. 465 a 481, c. ppal del recurso de anulación). Concluyó que la modificación de la

naturaleza de la concesión de privada a pública determinó el cambio de la contraprestación portuaria, toda vez que reportaba beneficios adicionales para el contratista (fl. 473, c. ppal del recurso de anulación). Las partes pactaron someter esa contraprestación al valor contenido en la cláusula segunda del otrosí n.º 2, que se aplicaría hasta que se adoptara la nueva metodología del plan de expansión, que se produjo con el Conpes n.º 3744 de 2013. A juicio de los árbitros, OcenSA aceptó este acuerdo sin condicionamientos.

25. El Tribunal abordó el estudio de la validez del otrosí n.º 2 (fls. 483 a 529, c. ppal del recurso de anulación). Para el efecto, sostuvo (fls. 484 y 485, c. ppal del recurso de anulación):

En todo caso, no se aprecian circunstancias que permitan concluir al Tribunal Arbitral que la cláusula segunda del otrosí n.º 2, en su contenido y efectos, no sean oponibles a OCENSA. En el curso del proceso la convocante ha sostenido, en relación con la modificación de la contraprestación prevista en la cláusula segunda del otrosí n.º 2, que no pudo conocer de antemano los cálculos de los que se sirvió la firma Valora Consultores S.A.S. para arribar al valor propuesto como contraprestación adicional, lo que en su criterio le impidió comprender la forma como se calculó el valor de la contraprestación portuaria incorporada en la cláusula segunda del otrosí n.º 2. No obstante, como se mencionaba, difiere el Tribunal Arbitral de tal aproximación, pues si bien quedó probado que el INCO no reveló el modelo financiero que dio lugar la contraprestación adicional sustentado en el Decreto 2774 de 2009 en virtud de la reserva legalmente establecida, lo cierto es que OCENSA estaba en plena capacidad de conocer el efecto económico que la modificación al contrato tendría.

Aunado a lo anterior, en el acta n.º 1 de fecha 29 de julio de 2011, obrante a folio 64 del cuaderno de pruebas n.º 6, se evidencia que efectivamente en las instalaciones del INCO –hoy ANI- se realizó una reunión en la cual el señor William Martínez, de la firma VALORA CONSULTORES S.A.S., explicó la forma como se evaluó el cálculo de la contraprestación que tendría que pagar OCENSA por la modificación de la naturaleza del servicio del puerto de privado a público, y que tuvo en cuenta, se observa en el numeral segundo del acta, las

proyecciones del OCENSA. A dicha reunión, según consta en el documento mencionado, comparecieron, por parte de la concesionaria, los señores Mario García, Francisco Quijano, María Paula Camacho y Oliverio Villar. De la prueba anteriormente mencionada se corrió traslado a la concesionaria, quien guardó silencio. En ese sentido, encuentra el Tribunal que existe una prueba del conocimiento previo por parte de OCENSA sobre la manera en la cual se efectuaría el cálculo de la contraprestación, con lo cual se desvirtúa su dicho del desconocimiento del mismo.

25.1. El Tribunal consideró que la calidad de comerciante experto de Ocesa le imponía la carga de conocimiento sobre los efectos económicos de la nueva contraprestación portuaria. Además, que la suscripción del otrosí n.º 2 estuvo precedida de comunicaciones cruzadas y reuniones. Por lo expuesto, concluyó que Ocesa suscribió el modificadorio informada y libremente.

25.2. Concluyó, con base en el dictamen pericial de la firma Esfinanzas S.A., que la ANI aplicó la regulación sobre la materia para calcular la nueva contraprestación portuaria. Desestimó algunas conclusiones de la perito Ana María Ferreira, aportado por Ocesa, en tanto resultaban contradictorio (fls. 488 y 489, c. ppal del recurso de anulación):

(...) pues de un lado expone con claridad que los riesgos financieros de la concesión se encuentran en cabeza del concesionario, y que las proyecciones al inicio de los contratos de concesión son simplemente eso, sin que el Estado garantice alguna clase de ingreso o rentabilidad, pero por el otro lado, cuestiona el hecho de que no se hubiese tenido en cuenta el comportamiento financiero de la concesión al momento de fijar la contraprestación adicional.

En ese sentido, no es de recibo para el Tribunal Arbitral que, por una parte, se exponga que los riesgos de la concesión son propios del concesionario, pero por otra, se indique que al momento de incorporar una modificación del contrato de concesión que traerá mayores

ingresos al concesionario, se deba evaluar la vida financiero del proyecto.

25.3. Igualmente, el Tribunal valoró los testimonios practicados con el fin de determinar si el otrosí n.º 2 tenía como finalidad reequilibrar la economía del contrato, frente a lo concluyó que de ser así el Estado entraría a participar de los riesgos del concesionario y al tiempo se desnaturalizaría el modelo concesional, determinado por la ley y la jurisprudencia; recordó que el concesionario tenía libertad tarifaria y, en esa medida, controlaba enteramente la suerte financiera de la concesión, la cual era de su resorte y no podía trasladarla al Estado a través de una modificación a la concesión. Esta conclusión la apoyó en el dictamen del perito Bernardo Henao.

25.4. Con base en el material probatorio encontró demostrado que el cambio de naturaleza jurídica del puerto implicaría un mayor volumen de barriles de crudo y, por consiguiente, mayor explotación de los bienes públicos. En consecuencia, se imponía una remuneración más alta para el Estado.

25.5. Sostuvo que la perito Ana María Ferreira confirmó que el problema era de viabilidad económica de la concesión y que debió determinarse desde el comienzo de la misma. En consecuencia, el otrosí n.º. 2 no generó las dificultades económicas, sino que se limitó a plasmar las nuevas realidades de la explotación. Esas conclusiones las soportó en el dictamen pericial rendido por la referida experta y su declaración dentro del proceso.

25.6. Precisó que la concedente tomó cero (0) el monto de la inversión para el cambio del servicio privado a público dentro de la fórmula para el cálculo de la nueva contraprestación, con base en la información suministrada por la concesionaria a través de la comunicación n.º 2009-409-026742-2 del 10 de diciembre de 2009. En

esas condiciones, consideró contradictorio reprochar que no se tuviera en cuenta ninguna inversión.

25.7. Sostuvo que no existieron vicios del consentimiento. En cuanto a la fuerza, la consideró no probada, tal como se desprendía de la falta de reclamaciones o salvedades frente al otrosí n.º 2; tampoco tuvo por probado un error, toda vez que las pruebas apuntan a que conocía la modificación que iba a firmar y sus implicaciones económicas.

25.8. Consideró como lícito el objeto del contrato, toda vez que el pluricitado otrosí se fundamentó en el cambio de las condiciones de la prestación del servicio y además la contraprestación siempre se calculó con base en el plan de expansión portuaria, de tal forma que se cumplieron las exigencias de la Ley 1 de 1991.

25.8.1. Señaló que la prohibición de los artículos 7 y 17 de la citada ley sobre la imposibilidad de modificar la contraprestación, además de estar contenida en una norma de interés público y no de orden público, según lo dispone el artículo 1 de esa ley, fue derogada por el artículo 1 de la Ley 856 de 2003, razón por la cual las limitaciones en ese aspecto se suprimieron. Además, la modificación contenida en el otrosí n.º 2 fue fruto del acuerdo legal entre las partes.

25.8.2. Precisó que el artículo 7 pretendía salvaguardar al concesionario de la actuación unilateral arbitraria de la concedente, pero que en ningún momento prohibía la modificación consensuada de la concesión. Esa norma tampoco pretendió atarlas a la metodología de un solo plan de expansión portuaria, sino a los parámetros de ese tipo de documentos. Por esa razón, bien podían las partes de común acuerdo someterse a otras metodologías que tuvieran otros planes de expansión portuaria, es decir, a juicio de los árbitros, siempre se respetó dicho plan como documento de referencia.

25.8.3. Por su parte, interpretó que el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 habilitaba la modificación bilateral del contrato de concesión siempre que se variaran las circunstancias iniciales, con lo cual estaba claro que las partes actuaron legalmente.

25.9. Precisó que el artículo 41 del Decreto 4735 de 2009 prescribió que si bien la contraprestación por el uso de zonas de uso público debía someterse a las políticas y metodologías vigentes al momento de otorgar la concesión, ese supuesto no podía confundirse con la modificación del contrato. Para el efecto, distinguió el término otorgar del de modificar. A su juicio, el primero se refería al momento inicial de la concesión, es decir, el otorgamiento, pero que no se extendía al supuesto de la modificación, la que se sometía a las reglas vigentes para ese momento con el fin de fijar la contraprestación, como finalmente se hizo.

26. Consideró inexistente la violación del principio de buena fe, para lo cual refirió a lo ya expuesto, que evidenciaba el libre y voluntario sometimiento de la concesionaria a lo pactado en el otrosí n.º 2 (fls. 530 a 536, c. ppal del recurso de anulación).

27. Frente al incumplimiento del otrosí n.º 2 (fls. 536 a 557, c. ppal del recurso de anulación), el Tribunal consideró procedente la prosperidad de la pretensión primera subsidiaria de la demanda de reconvención, en tanto resultaba oponible para el concesionario la fórmula contenida en el Conpes n.º 3744 desde el 6 de diciembre de 2013 (esta fecha corresponde al pago anticipado realizado por el concesionario de la contraprestación entre el 5 de diciembre de 2012 y el 5 de diciembre de 2013), la que incumplió; sin embargo, negó las demás pretensiones, toda vez que *“revisados los medios de convicción obrantes en el expediente, no es posible establecer con certeza la cuantía de la diferencia de la contraprestación adeudada, producto de la aplicación de la metodología incorporada en el documento Conpes 3744”* (fl. 545, c. ppal del recurso de anulación).

27.1. Frente a la negativa de las pretensiones económicas de la demanda de reconvencción sostuvo que el dictamen pericial realizado por el perito Bernardo Henao Riveros, aportada por la ANI para calcular los perjuicios, tenía varios errores graves, como la fecha de inicio para calcular la contraprestación adeudada, toda vez que le perito tomó como fecha de inicio el 28 de mayo de 2013, cuando el Decreto 1099 de 2013, que aprobó el Conpes n.º 3744, sólo entró en vigencia al día siguiente de lo sostenido por el perito. Además, el pago anticipado entre mayo de 2012 y el diciembre de 2013 impedía tomar la fecha consignada por el perito. De esa forma, el cálculo del perito resultaba equivocado.

27.2. Igualmente, advirtió que ese error del perito repercutió en los volúmenes tomados para calcular la contraprestación, toda vez que se hizo por el mismo periodo errado.

27.3. Respaldó sus reparos al dictamen pericial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

27.4. Ante la imposibilidad de establecer la cuantía de la contraprestación adeudada por Ocesa a la ANI negó las demás pretensiones de la demanda de reconvencción (fls. 572 a 577, c. ppal del recurso de anulación). En efecto, por la misma razón negó la actualización y los intereses moratorios. Frente a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria consideró que las partes en la cláusula décima quinta dejaron esa posibilidad a la declaratoria de caducidad o incumplimiento por parte de la entidad concedente, facultad que no se ejerció y, por lo tanto, imponía la prosperidad de esta pretensión.

28. Sobre el desequilibrio económico (fls. 558 a 563, c. ppal del recurso de anulación), negó su reconocimiento toda vez que fue Ocesa la que por su propia

voluntad se sometió al otrosí n.º 2, razón por la cual no está llamada a alegar esa pretensión, sino a asumir sus consecuencias. Igual suerte corrieron las demás pretensiones de la aquí censora, con fundamento en todo lo expuesto con antelación (fls. 558 a 572, c. ppal del recurso de anulación).

1.10. Salvamento de voto del árbitro Fernando Silva García

29. El árbitro Fernando Silva García consideró que la nulidad por objeto ilícito debió acogerse, toda vez que los artículos 7 y 17 de la Ley 1 de 1991 son de derecho público. Esas normas, a juicio del árbitro disidente, imponían que las reglas aplicables a la contraprestación de la concesión fueran las vigentes a la fecha de su otorgamiento, lo que se extendía incluso a las modificaciones.

30. Calificó de desacertado someter las modificaciones a lo que las partes dispongan sobre la materia, cuando existen normas de orden público que la limitan su autonomía, como ocurre con citados artículos de la Ley 1 de 1991 al prohibir su posterior modificación. De ser así, se permitiría que por el solo querer de las partes se aplicaran las normas que ellas dispusieran contractualmente, con lo cual se desconoce la política del sector portuario, en tanto quedaría en manos de los contratantes definirla.

31. Recordó que esta Corporación definió que el artículo 7 de la Ley 1 de 1991 establece una prohibición para cambiar la contraprestación portuaria y un derecho

adquirido para el concesionario de conservar el régimen jurídico vigente a la firma de la concesión en esa materia.

32. Afirmó que aplicar una metodología desconocida al momento de la firma del otrosí n.º 2 desconocía la naturaleza conmutativa del contrato de concesión al convertirlo en aleatorio, toda vez que la utilidad no se podía conocer desde su celebración, como lo exige la conmutatividad, sino tan sólo una vez se aplicara.

33. Consideró que de no aceptarse la nulidad absoluta por objeto ilícito, subsistía la imposibilidad de cobrar la contraprestación conforme a lo pactado en el otrosí n.º 2, por cuanto el precio fijado era indeterminado, si se tiene en cuenta que al momento de firmar el modificadorio se desconocía la metodología para calcular la contraprestación, en la medida que se sometió a un Conpes que aún no estaba vigente. Incluso, a lo largo de la ejecución contractual tampoco las partes pudieron acordar cuál fue el monto acordado en la modificación, lo cual hace que la obligación sea inexistente.

34. Sostuvo que *“el laudo arbitral carece de congruencia lógica y jurídica, pues una cosa es que los pagos hechos con base en lo pactado en la cláusula segunda del otrosí n.º 2 se deben tener en cuenta, al momento de establecer el remanente que resta por pagar de la contratación que se determine con arreglo a la cláusula tercera, y otra muy diferentes que OCENSA no haya efectuado los pagos que se habían acordado bajo la mencionada cláusula segunda, que necesariamente ha de superponer y refundir con los que se tenga que llegar a pagar con base en la cláusula tercera, dado que en el laudo se desconoce la invalidez que aqueja a esa cláusula”* (fl. 628, c. ppal del recurso de anulación).

35. La condena en costas debió variar debido a la prosperidad parcial de las pretensiones de ambas partes.

36. Afirmó que existen pruebas de la oposición de Ocesa al otrosí n.º 2, hasta el punto que quedó plasmada en los considerandos de este modificatorio; respaldó la inexistencia de vicios en el modificatorio.

1.11. Solicitud de aclaraciones, corrección y complementación del laudo

37. Las partes solicitaron la aclaración, corrección y complementación del laudo (fls. 642 a 647, c. ppal del recurso de anulación). Para lo que aquí interesa, Ocesa, recurrente extraordinaria, solicitó que se corrigiera o complementara, toda vez que (i) al tiempo que se la consideró cumplidora de sus obligaciones contractuales, se le negaron todas sus pretensiones y excepciones, cuando lo correcto era que prosperaran las pretensiones primera y segunda del tercer grupo que señalaban que Ocesa pagó y estaba pagando la contraprestación del contrato y sus modificaciones; con similares argumentos solicitó que se declararan probadas las excepciones de pago, cumplimiento y genérica formuladas en la contestación a la demanda de reconvención (fls. 644 a 647, c. ppal del recurso de anulación).

38. Mediante auto del 13 de agosto de 2018, el Tribunal desestimó la anterior solicitud (fls. 1 a 12, c. ppal 4), en tanto consideró que ningún error, duda u omisión se cometió en el laudo. Precisó que lo pretendido por el recurrente era que se revisara el fondo del asunto y se cambiara la parte resolutive.

1.12. La impugnación

39. Inconforme con la decisión tomada en el laudo arbitral, el 25 de septiembre de 2015, Ocesa formuló recurso extraordinario de anulación y, para el efecto, propuso

como causales las contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que prescriben (fls. 13 a 69, c. ppal del recurso de anulación):

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

8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

40. La sustentación y análisis de las causales aducidas se hará en la parte considerativa de esta providencia.

1.13. De las intervenciones del Ministerio Público y la ANI

41. Una vez corrido el traslado a las partes del recurso extraordinario de anulación, el Ministerio Público (fls. 649 a 663, c. ppal del recurso de anulación) conceptuó que debía desestimarse, en atención a que el fallo en conciencia se sustenta en una valoración probatoria distinta, oportunidad que en sede de anulación no es procedente reabrir. Igualmente, estimó que el laudo se adoptó en derecho. Respecto de la posible contradicción precisó que el laudo declaró el incumplimiento parcial, lo que explica el reconocimiento de un pago parcial por parte de Ocesa, que es lo que esta entiende equivocadamente como si se tratara de un cumplimiento integral de sus obligaciones.

42. La ANI también solicitó desestimar el recurso, toda vez que el laudo se produjo en derecho y sin defectos en la parte resolutive que impidan su cumplimiento (fls. 665 a 684, c. ppal del recurso de anulación).

II. CONSIDERACIONES

43. Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y (iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

1. Competencia

44. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación, en los términos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁴, en tanto el laudo arbitral impugnado fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato de concesión portuaria n.º 016 del 6 de diciembre de 1996, en el que una de las partes, inicialmente la Superintendencia General de Puertos⁵ y después el INCO, que fue reemplazado por la ANI⁶, es una entidad pública.

2. Del recurso de anulación

45. En la actualidad, el arbitraje quedó regulado en su integridad por la Ley 1563 de 2012, según lo dispone su artículo 119. Esa es la normatividad es igualmente aplicable al trámite del presente recurso⁷.

46. Según la referida ley, el laudo arbitral, esto es la de sentencia que profiere el Tribunal, puede ser en derecho, en equidad o técnico; sin embargo, en los tribunales en que intervenga una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho (artículo 1) y deberá ser institucional, es esto, administrado por un centro de arbitraje (artículo 2).

47. En ese orden, conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012⁸, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso⁹. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

48. Ahora, las causales de anulación para los arbitrajes nacionales quedaron reguladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en nueve numerales. Por su parte, el artículo 43 *ejusdem*, frente a los efectos de las causales, dispone que cuando prospere cualquiera de las señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, se corregirá o adicionará. Además, 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, pero la prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

49. Igualmente, 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. Para el efecto, la solicitud de convocatoria deberá presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que anule el laudo, con el fin de que se entienda interrumpida la prescripción o no opere la caducidad (el artículo 44 *ejusdem* prescribe el referido término). Asimismo, la sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

50. En el evento de que el recurso no prospere se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso se presente por el Ministerio Público.

51. Finalmente, el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 45).

3. Del cargo de laudo en conciencia y en equidad

52. La Sala analizará las causales propuestas en el orden que la Ley 1563 de 2012 dispone. En consecuencia, se iniciará por la del laudo en conciencia (artículo 7) y, después, por las disposiciones contradictorias en la parte resolutoria (artículo 8). En cada una, analizará el alcance de la causal, los fundamentos y la solución de fondo.

3.1. El alcance de la causal

53. Antes de adentrarse en el estudio de la vigencia actual de los criterios definidos por la jurisprudencia antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, la Sala considera necesario recordar que ese ejercicio se abordó en otra providencia, razón por la que es suficiente con remitir a su contenido, con el ánimo de no repetir innecesariamente¹⁰.

54. Con todo, vale recordar cuáles eran esos criterios: *(a) que el fallo no se apoyara en el derecho positivo y vigente, (b) que el fallo se dictara exclusivamente en equidad, (c) la imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros, (d) que el fallo no considerara las pruebas y (e) que el fallo no constituyera una vía de hecho, o defectos de la motivación o equivocación*¹¹.

55. Los literales a), b) y d) eran verdaderos criterios para determinar la existencia de un fallo en conciencia. En efecto, en ellos se evidenciaba que el fundamento de la decisión de los árbitros era su sola subjetividad, o exclusivamente la equidad o la desatención de las pruebas. Por su parte, los literales c) y e) se dirigían a limitar los argumentos del recurrente y la labor del juez en sede del recurso de anulación, en tanto resultaba improcedente para determinar un fallo en conciencia que se revisaran las interpretaciones de los árbitros o se alegara una vía de hecho, o, en general, se alegara una decisión errada o deficiente por su motivación.

56. Bajo las precisiones anteriores, es necesario adentrarse en el análisis, primero, de los criterios que en estricto sentido son indicativos de una decisión en conciencia, esto es, los literales a), b) y d), así:

3.1.1. Que el fallo no sea en derecho

57. Al respecto, es preciso recordar que este criterio se fundamentaba en la definición del arbitraje en derecho, contenida en el inciso segundo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, que señalaba como tal aquél en que los árbitros fundamentan “*su decisión en el derecho positivo vigente*”.

58. En ese orden, es preciso señalar que la Ley 1563 de 2012, aunque se refiere al arbitraje en derecho, no lo define como lo hacía el régimen precedente, como quedó visto anteriormente. La citada ley se limita a señalar que el laudo arbitral puede ser en derecho, en equidad o técnico. Igualmente, precisa que el arbitraje sería en derecho cuando en los tribunales intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales (artículo 1).

59. En la actualidad, como tiempo atrás lo hizo la jurisprudencia de esta Corporación¹², al remitirse a lo dispuesto en el artículo 230 Superior¹³, debe entenderse que un laudo es en derecho cuando se apoya en las mismas fuentes jurídicas que todo juez utiliza para juzgar las controversias que conoce, sin que estas se entiendan circunscritas al derecho legislado, de acuerdo al sentido amplio que le dio la jurisprudencia en su momento. En conclusión, los árbitros podrán apoyarse en todas las fuentes del derecho como lo hace cualquier juez en su actividad judicial para que su decisión sea considerada en derecho.

60. Ahora, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 imponía que esas fuentes estuvieran vigentes. Por su parte, la jurisprudencia si bien la aplicó, por respeto a la facultad de configuración del legislador, advirtió que se trataba de una cuestión ajena a una decisión en conciencia, hasta el punto de calificarla como un típico caso “*de error o desconocimiento del derecho*”¹⁴; en la Ley 1563 de 2012 se recogió esta última observación al dejar por fuera la expresión “*derecho positivo vigente*”, en tanto impone un análisis de fondo del asunto y su calificación, prohibición que reiteró en el inciso último del artículo 42¹⁵.

61. En conclusión, en la actualidad es preciso que el laudo tenga respaldo jurídico o en derecho, entendido este en la proporción y dimensión de las mismas facultades que ostenta el juez contencioso administrativo en sus juicios, sin que en sede del recurso de anulación del laudo arbitral pueda calificarse la vigencia de esas fuentes, so pena de revisar el fondo del asunto, prohibición expresa en la Ley 1563 de 2012.

62. Por lo tanto, para que el laudo sea considerado en derecho deberá fundamentarse en las fuentes de derecho o, en sentido negativo, será fallo en conciencia y no en derecho, el que no se fundamente en fuente alguna de derecho; sin embargo, precisa aquí reiterar la posición de la jurisprudencia en relación con las fuentes del derecho, en tanto la mínima referencia que se haga de ellas permite predicar un arbitraje en derecho, siempre que ese mínimo esté conectado con el sentido de la decisión, hasta el punto que no pueda calificarse como absolutamente descontextualizada o con el simple propósito de dar apariencia de ser una decisión en derecho¹⁶.

63. Ahora, precisa advertir que existe una coincidencia entre lo que la Corte Constitucional define como una de las modalidades de vía de hecho por defecto sustantivo y lo que esta Corporación entiende como un fallo en conciencia. En efecto, una de las causales de la vía de hecho se produce cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado por su absoluta inadvertencia¹⁷, al tiempo que se predica que la decisión es en conciencia cuando prescinde por completo de la referencia a una fuente de derecho, lo cual deberá ser evidente, hasta el punto que es improcedente juzgar el fondo del asunto.

64. De suerte que respecto de la causal objeto de análisis, bien podría afirmarse que el fallo en conciencia es una modalidad de vía de hecho, en una relación de especie a género; sin embargo, las dos figuras se distancian, en tanto la vía de hecho, en sede de la acción de tutela constitucional, siempre supondrá la revisión

de las razones de la decisión, la constatación del defecto y la determinación de su incidencia en el fondo¹⁸.

65. Esas exigencias no se imponen en la anulación del laudo arbitral, en tanto la simple constatación objetiva de la falta absoluta de fundamentos de derecho, debe dar lugar a su anulación. Entonces, lo importante para el juez de anulación es verificar la ausencia total del derecho (bien porque no existe o es absolutamente descontextualizado), sin que ello suponga calificar la fundamentación del laudo (deficiente, incompleto, errado, etc.). Esta deficiencia en sede de anulación exige su constatación sin mayor esfuerzo, la vía de hecho supone un análisis mayor por sus requisitos.

66. En el fallo en conciencia, la falta absoluta o la apariencia de sus fundamentos jurídicos dan lugar a su anulación. En ese orden, no se trata de un defecto menor, es un vicio que se caracteriza por su evidencia, hasta el punto que la más mínima referencia al derecho, salvo que sea aparente, es suficiente para considerar la decisión como en derecho. En consecuencia, la causal de fallo en conciencia no admite puntos medios u oscuros, su existencia debe ser clara y evidente, de manera que cuando existan dudas de su verificación habrá que preferirse por mantener la decisión de los árbitros.

67. Ahora, puede ser que un fallo en conciencia y una vía de hecho coincidan materialmente. En efecto, puede tratarse de una decisión sin fundamento jurídico, por tanto, una decisión en conciencia y, además, que esa situación cambie el sentido de lo resuelto, es decir, una vía de hecho. En ese escenario, los jueces, el de tutela y el de anulación, tienen límites y dentro de ellos deben resolver. De suerte que el juez de anulación no puede aseverar que el fallo en conciencia sea una vía de hecho, porque sus limitantes se lo impiden, mientras que el juez de tutela sí podrá concluir que además de un fallo en conciencia hay una vía de hecho, dadas sus amplias facultades. Igualmente, puede ocurrir que en sede de anulación el recurrente sostenga la existencia de una vía de hecho que suponga revisar el fondo del asunto. En este hipotético, la vía procesal no será el recurso de anulación, dadas las limitantes del juez, sino la acción de tutela.

68. En conclusión, según este criterio, el laudo deberá ser en derecho, esto es, con referencia a las mismas fuentes de las que se vale el juez contencioso administrativo para juzgar ese tipo de controversias.

3.1.2. Que el fallo se dicte exclusivamente en equidad

69. Sobre este criterio, es preciso recordar la redacción de la causal de fallo en conciencia en la normatividad anterior y la vigente. En tal sentido, el numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 disponía como causal de anulación de un laudo:

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

70. Por su parte, el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la actualidad para los mismos efectos arriba expuestos, prescribe:

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

71. En principio, pareciera que la nueva normatividad prohibiera a los jueces arbitrales aplicar la equidad en sus decisiones; sin embargo, es preciso remitirse al desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corporación, según el cual los árbitros están provistos de las mismas fuentes jurídicas que los jueces, quienes de acuerdo con el artículo 230 Superior pueden recurrir a la equidad como un criterio auxiliar al momento de ejercer la actividad judicial. Luego, lo prohibido es que las decisiones

se fundamenten exclusivamente en la equidad, cuando el laudo debe ser en derecho.

72. Además, la Subsección A ha sostenido que el laudo en equidad se da *“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”*¹⁹.

73. La jurisprudencia señaló que no procedía la anulación del laudo (i) si el arbitraje debía ser técnico y los árbitros lo dictaban en derecho o en equidad, tampoco (ii) si debió ser en derecho y se dictaba un laudo técnico, en tanto el numeral 7 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, tan sólo prohibía el arbitraje en conciencia debiendo ser en derecho²⁰. La normatividad anterior y la jurisprudencia han dejado en claro que es prohibido fallar en conciencia, pero también exclusivamente en equidad, cuando el laudo, se insiste, debía ser en derecho, sin perder de vista que esas dos nociones no se han distinguido del todo²¹.

74. En suma, este criterio tiene plena vigencia, en el entendido que se prohíbe a los árbitros fallar exclusivamente en equidad²². Igualmente, vale advertir que un laudo dictado en estos términos constituye una vía de hecho, por cuanto se impone la regla de que todo fallo en conciencia es una vía de hecho, aunque no a la inversa.

3.1.3. Que el fallo no considere las pruebas

75. Este criterio, al igual que el que exige que el arbitraje sea en derecho, es parte de la definición pacífica que ha construido la jurisprudencia sobre lo que es un laudo en conciencia, es decir, aquél que se profiere con total desprendimiento de los fundamentos jurídicos y probatorios.

76. En esta oportunidad, la Sala reiterará lo dicho por la Corporación, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si en la decisión arbitral no hay fundamento probatorio o sin justificación se desconoce o se aparta de las pruebas se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros.

77. Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio.

78. Lo anterior impone preguntarse cómo se diferencia este criterio de la vía de hecho por defecto fáctico, entendida esta última como la que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión²³.

79. En efecto, para la Corte Constitucional configura defecto fáctico constitutivo de vía de hecho cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido (subjetividad) o, en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, decide en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro. En esa misma dirección, esta Corporación ha señalado que cuando es inexistente el sustento probatorio o se desconoce éste de forma evidente e injustificada se está en presencia de un laudo en conciencia, en tanto lo que ello demuestra es que se falló con base en la exclusiva subjetividad de los árbitros²⁴.

80. En este punto, la Sala vuelve a insistir en la diferencia entre un fallo en conciencia y una vía de hecho. Para el primero es suficiente la constatación objetiva de la falta de fundamento probatorio trascendente, mientras que la segunda exige un análisis de fondo de la cuestión para concluir que la existencia del vicio o defecto

impone la remoción de lo decidido, ejercicio proscrito en sede de anulación del laudo.

81. Ahora, es preciso analizar si continúan vigentes los criterios jurisprudenciales de los literales c) y e), antes señalados, que se dirijan a delimitar los argumentos del recurrente y la labor del juez en sede del recurso de anulación.

3.1.4. Imposibilidad de juzgar la interpretación de los árbitros

82. Esta es una limitación que se erigió jurisprudencialmente antes de la Ley 1563 de 2012 y que se acogió expresamente por esta última normatividad en el inciso final del artículo 42. En consecuencia, esta restricción tiene plena vigencia y, por consiguiente, al recurrente ni al juez le es procedente atacar o pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

3.1.5. Imposibilidad de alegar una vía de hecho o defectos de la motivación o una equivocación del laudo (o la imposibilidad de calificar el laudo como errado o deficiente)

83. Esta causal merece especial atención de la Sala, en tanto es preciso introducirle unos matices a su alcance y entendimiento.

84. Con relación a la vía de hecho, es preciso reiterar que esta exige un análisis de fondo del asunto, mientras que el fallo en conciencia se limita a constatar lo

evidente, sin adentrarse en los análisis que impone la vía de hecho. En consecuencia, toda vez que la prohibición de pronunciarse sobre el fondo del asunto se mantiene en el ordenamiento legal actual, fuerza concluir que este es un criterio vigente en aras de limitar el ejercicio de los recurrentes y el pronunciamiento del juez del recurso de anulación.

85. En lo que tiene que ver con la motivación, es claro que la inexistencia de motivos en estricto sentido sí constituye un laudo en conciencia, en tanto así se ha sostenido de manera pacífica al señalar que la falta de motivos de derecho o probatorios o, incluso, la apariencia de esos fundamentos (bien porque se citan normas o pruebas para dar la apariencia de una decisión en derecho, en tanto buscan desviar el fundamento subjetivo de la decisión), corresponden a una decisión subjetiva de los jueces.

86. Luego, como la limitación del recurso de anulación es la revisión del fondo del asunto o su calificación, mal haría en entenderse que se incurre en esa prohibición cuando no existe motivación, en tanto es imposible revisar o calificar lo que no existe. Se trata de una simple verificación. Es diferente que la motivación se juzgue como deficiente, irregular o insuficiente. El juez del recurso de anulación, en términos generales, no puede definir esos extremos en tanto supondría un análisis de fondo para el cual no está facultado; sin embargo, cuando no existe motivación o es aparente, desde el punto de vista jurídico o probatorio, la jurisprudencia ha aceptado que en tales casos se trata de una decisión en conciencia.

87. En suma, en línea con el último inciso del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, lo que está proscrito es la calificación o modificación de las motivaciones, pero no constatar lo que resulta evidente, como lo es la inexistencia de motivos.

88. Por lo expuesto, resulta más técnico denominar este criterio como la prohibición de declarar la existencia de una decisión errada o equivocada, que es lo que en términos generales constituyen una vía de hecho o los defectos en la motivación. De allí, es claro el alcance de este criterio como manifestación de los límites del recurso de anulación. Por lo anterior, cuando la supuesta vía de hecho, la

equivocación o la motivación supongan la revisión del fondo del asunto, es decir, la verificación de un error *in iudicando* será improcedente su declaración en sede de anulación, en tanto la órbita de este último recurso son los errores *in procedendo*.

3.1.6. A modo de conclusión

89. Analizados los criterios que determinan la causal de fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012, se observa que, con las precisiones aquí incorporadas, se mantienen los construidos de tiempo atrás por la jurisprudencia. Por lo tanto, en estricto sentido para que exista una decisión en conciencia, se necesita que (i) la decisión no sea en derecho (entendido este último como todas aquellas fuentes jurídicas de las que se vale cualquier juez en su actividad judicial), (ii) o se funde exclusivamente en la equidad o reemplace las normas jurídicas aplicables o (iii) no se consideren las pruebas. Igualmente, (iv) hay limitaciones para determinar la ocurrencia de la causal en estudio, en tanto no es posible calificar la decisión de errada o deficiente o de revisar las interpretaciones de los árbitros, como cuando se solicita la verificación de una vía de hecho, distinta a la que supone un fallo en conciencia, o la revisión de los motivos²⁶.

90. Los anteriores presupuestos y los criterios aquí descritos y precisados se complementan para dar pautas de lo que constituye una decisión en conciencia. Con base en ellos, procederá la Sala a resolver el fondo del presente asunto.

3.2. Los fundamentos del cargo

91. Como sustento de su recurso (fls. 13 a 69, c. ppal 4), Ocesa señaló que “[i] el Tribunal Arbitral sin dar razón verdadera sobre su decisión, se aportó ostensiblemente del ordenamiento jurídico para declarar la validez de una

estipulación contractual que en realidad adolece de objeto ilícito” y, además, “[ii] por cuanto determinó declarar un incumplimiento contractual de OCENSA respecto a la misma estipulación contractual, con carencia absoluta de material probatorio para dicha terminación” (fl. 38, c. ppal 4).

91.1. Estimó que el Tribunal profirió un fallo en equidad, en tanto los árbitros se apoyaron en su sentido común y subjetivo al dejar de aplicar los artículos 7 y 17 de la Ley 1 de 1991 para dar paso a la voluntad de las partes. De esa forma, dejaron de aplicar esos artículos que en su conjunto impedían la modificación de la contraprestación portuaria para permitir que por un acuerdo de voluntades se procediera en contravía de lo prohibido expresamente y, además, permitir que se aplicara una metodología que ni siquiera estaba vigente.

91.2. Señalaron que los árbitros consideraron a los artículos 7 y 17 de la Ley 1 de 1991 como normas de interés público y no de orden público, sin ninguna explicación, para así desdibujar su fuerza vinculante y desconocer, además de los citados artículos, los planes de expansión portuaria que la misma determina para fijar la contraprestación de los contratos de concesión.

91.3. De aplicarse la citada ley se imponía anular las disposiciones del otrosí n.º 2, en tanto su objeto resultaba ilícito por contrariar una ley de orden público.

91.4. Sostuvo que los árbitros desconocieron las pruebas, las cuales, a su juicio, demostraban (i) que Ocesa hizo las actividades necesarias para determinar el valor de la contraprestación que debía pagar de acuerdo con la nueva metodología, la cual generó dudas que resultaron insuperables, y (ii) la nueva metodología de acuerdo con el comportamiento contractual de las partes sería fijada por la ANI, como lo señalaban las pruebas, entre otras, las reuniones de abril de 2015, lo cual incumplió y ni siquiera pudo probar en el trámite arbitral.

91.5. Todo lo expuesto, da cuenta de una decisión en equidad y en conciencia, que demuestra el subjetivismo con que fallaron los árbitros.

3.3. El análisis del cargo

92. La Sala desestimaré el presente cargo, por cuanto observa que el laudo en cuestión fue en derecho, sin que se evidencie que su apoyo lo fuera la equidad o el juicio subjetivo de los árbitros.

93. Las inconformidades de la recurrente descansan en diferencias interpretativas y valorativas sobre los fundamentos de derecho y hecho de la decisión atacada. En efecto, la censora se empeña en afirmar que los árbitros obraron en equidad al reemplazar el derecho aplicable por su criterio íntimo y subjetivo, y, además, que fue ausente el respaldo jurídico y probatorio por lo que actuaron en conciencia.

94. La recurrente sostuvo que los árbitros usaron su sentido común y subjetivo al dejar de aplicar los artículos 7²⁶ y 17²⁷ de la Ley 1 de 1991, que en su conjunto prohíben la modificación de la contraprestación portuaria pactada inicialmente. A su juicio, sin ninguna explicación se tuvo a los artículos en cita como de interés público y no como de derecho público, con lo que se justificó su inaplicación y su consecuente negativa a la nulidad absoluta por objeto ilícito solicitada. De igual forma, advirtió que se desconocieron los referidos artículos para dar paso a la voluntad de las partes, la que terminó desconociendo normas que, a su juicio, son de derecho público.

94.1. Lo expuesto pone de presente una discusión jurídica, en tanto todo apunta que la recurrente discrepa del alcance que los árbitros le dieron a los referidos

artículos. En efecto, en el laudo se dijo sobre el particular (fl. 515, c. ppal del recurso de anulación):

Advirtiendo que las normas contenidas en la Ley 1 de 1991 tienen el carácter de: (i) normas (ii) de interés público (iii) de derecho público, así como (iv) el tamiz prohibitivo del artículo 17, es menester avocar el estudio de la nulidad por objetivo ilícito establecidas las características hasta acá esbozadas.

Entendida la naturaleza de las normas consagradas en la Ley 1 de 1991, como normas de interés público, y no como de orden público como lo sugiere la convocante, en consonancia con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1, que establece “la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta ley, son de interés público”, resulta oportuno dilucidar si efectivamente ocurrió una violación de dichas normas con ocasión de la cláusula tercera del otrosí n.º 2, de tal suerte que se hubiere configurado el objeto ilícito.

94.2. Como se observa del aparte transcrito, existió una fundamentación jurídica para respaldar la conclusión de que los artículos de la Ley 1 de 1991 son de interés público y no así de derecho público. Ahora, con independencia de esa afirmación, los árbitros emprendieron el análisis del objeto ilícito, cuyo alcance encierra la contravención de las normas de derecho público, según el artículo 1519 del Código Civil, al que también refiere el laudo (fl. 514, c. ppal del recurso de anulación).

94.3. En ese orden, es evidente la existencia de fundamento jurídico. Ahora, si este resulta suficiente o errado, son cuestiones que no corresponde definir a la Sala en esta sede, en tanto supondría revisar el fondo del asunto, posibilidad que está expresamente prohibida. Con todo, se observa que la interpretación tampoco imposibilitó el análisis de la nulidad absoluta por objeto ilícito. En efecto, el laudo continuó así (fl. 515, c. ppal del recurso de anulación):

Aduce OCENSA que la mencionada cláusula tercera viola el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, por cuanto su aplicación implica la autorización de modificar la contraprestación, sin que se esté realizando un cambio en las condiciones de la concesión. Dicha norma señala [se cita la norma, la cual ya fue citada en el pie de página n.º 27, por lo que la Sala se releva de hacerlo nuevamente]:

En relación con lo anterior, estima el Tribunal Arbitral que la cláusula en cuestión no vulnera el mencionado artículo 17, pues precisamente su incorporación al contrato por las partes es producto de una modificación a las condiciones de la concesión en sus mismos términos, al cambiar la naturaleza del servicio, de puerto privado a puerto público; por lo que al momento de la celebración del otrosí n.º 2 era jurídicamente viable variar la contraprestación portuaria e incluso fijar la posibilidad de convenir un futuro reajuste.

En otras palabras, al momento de variar la contraprestación con ocasión de la modificación del contrato, las partes pueden convenir que dicho elemento sea determinado o determinable, sin que el solo hecho de incorporar un reajuste sujeto a la aplicación de una metodología de cálculo futura (CONPES 3744) implique directamente una violación del artículo 17, pues como se expuso, es indiscutible que la suscripción del otrosí n.º 2 fue producto de la aplicación del mencionado artículo.

Nótese que en la misma solicitud de OCENSA del cambio de condiciones de la concesión de fecha 11 de diciembre de 2009 (aportada como prueba documental n.º 7 de la demanda de reconvencción), el apoderado de la convocante, en dicho trámite administrativo, indicó que acudía al INCO “de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 17 de la Ley 1 de 1991, a fin de presentar ante su despacho solicitud de cambio de las condiciones del contrato de concesión portuaria de OCENSA”. De acuerdo con lo anterior, no encuentra el Tribunal que haya violación del artículo 17, ni a norma legal alguna, pues la incorporación de la cláusula en cuestión se dio en el marco de una modificación del contrato, frente a lo cual cabe reiterar que la referida norma autoriza la variación de la contraprestación. (...)

Adicionalmente, cuestiona la convocante la cláusula tercera por contravenir el artículo 7 de la mencionada ley (hecho 96), aduciendo que las contraprestaciones delimitadas en los planes de expansión portuaria no pueden aplicarse de manera retroactiva a contratos de concesión cuya contraprestación ya fue calculada y pagada, como a su juicio sucede en el presente caso. En relación con la eventual violación del artículo 7 de la Ley 1 de 1991, es oportuno mencionar que tal contravención no existe, pues el mandato del legislador no estuvo encaminado a atar la contraprestación portuaria a una metodología o plan de expansión portuaria en especial, sino a exigir que la contraprestación portuaria se calculase bajo los parámetros de los planes de expansión portuaria. Así, en el presente caso las partes de común acuerdo aceptaron adoptar la metodología o fórmula que se encontraba desarrollando el Gobierno Nacional, que sería incorporada en un plan de expansión portuaria. Por tanto, en la cláusula tercera del otrosí n.º no se violó el artículo 7 antes referido, pues siempre se vinculó el cálculo de la contraprestación a un plan de expansión portuaria.

94.4 Incluso, se le dedicó un acápite a la posible violación del artículo 7 de la Ley 1 de 1991, respecto de la posibilidad de modificar la contraprestación portuaria, para concluir que ese artículo se limitaba a proteger al contratista de posibles actuaciones unilaterales y arbitrarias de su contraparte, pero no dejaba atada la contraprestación al momento del otorgamiento de la concesión. Igualmente, se distinguió el otorgamiento de su modificación, para lo cual se valió del artículo 41 del Decreto 4735 de 2009 que fijó la metodología aplicable al primer supuesto en mención, pero no así a la modificación, la que podía regularse por lo dispuesto por las partes, concluyeron los árbitros (fls. 521 a 529, c. ppal del recurso de anulación).

94.5. Como se observa, el Tribunal interpretó los artículos 7 y 17 de la Ley 1 de 1991. En efecto, respecto del primero, consideró que no ataba la contraprestación portuaria a un plan de expansión portuaria en específico, sino que el cálculo debía hacerse bajo los parámetros de esos planes, incluso los futuros, como hicieron las partes en el otrosí n.º 2, modificación que se distinguía del otorgamiento de la concesión, que sí estaba sometido a las metodologías vigentes para ese momento, según el artículo 41 del Decreto 4735 de 2009, pero no así a la modificación del

contrato; frente al último, concluyó que abría la posibilidad de modificar el contrato cuando cambiaran las condiciones de la concesión, como ocurrió, a juicio de los árbitros, en el *sub lite* al modificar la naturaleza del servicio de privada a pública.

94.6. Así, no se trató de un abandono de los textos por la sola equidad o por el convencimiento íntimo o subjetivo de los árbitros, sino de un ejercicio interpretativo de lo que los árbitros consideraron el alcance de las disposiciones en cita, las cuales, valga advertir, eran pertinentes, que no aparentes, para resolver el fondo del asunto. Además, se valoró la conducta de Ocesa como quiera que para pedir la modificación contractual, que terminó en la suscripción del otrosí n.º 2, se fundó en las mismas normas para alegar la nulidad absoluta del mismo.

94.7. Se insiste que calificar el ejercicio arriba transcrito y descrito desborda las facultades del juez de anulación.

95. De otro lado, la censora también afirmó que se desconocieron las pruebas que demostraban (i) que Ocesa hizo las actividades necesarias para determinar el valor de la contraprestación que debía pagar de acuerdo con la nueva metodología, la cual generó dudas que resultaron insuperables, y (ii) la nueva metodología de acuerdo con el comportamiento contractual de las partes sería fijada por la ANI, como lo señalaban las pruebas, entre otras, las reuniones de abril de 2015, lo cual incumplió y ni siquiera pudo probar en el trámite arbitral.

95.1. Sobre el particular debe recordarse que el Tribunal realizó una interpretación de las cláusulas y de las pruebas obrantes para concluir que hubo incumplimiento del contratista. Así, determinó que Ocesa no pagó la contraprestación portuaria en los términos del Conpes n.º 3744 de 2013, cuyo pacto recogido en el otrosí n.º 2 era legal, sin vicios de nulidad absoluta y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento (fls. 536 a 540, c. ppal del recurso de anulación). Además, su

aplicación, monto y exigibilidad tenía el carácter de objetivo, en la medida que no dependía de lo que las partes hicieran o no para su cumplimiento (fl. 540, c. ppal del recurso de anulación²⁸).

95.2. De lo expuesto se observa que el fundamento del recurso tiene que ver con una discrepancia frente al fondo de lo considerado en el laudo. En efecto, mientras la recurrente afirma que no incumplió porque no se pudo fijar el monto de la contraprestación establecida en el otrosí n.º 2, el Tribunal consideró que se trataba de una obligación plenamente vinculante para las partes y que no dependía del comportamiento de ellas, sino que debía cumplirse de forma objetiva.

95.3. Igualmente, vale recordar que en la cláusula 2ª del otrosí n.º 2 se estableció que el concesionario pagaría el valor allí fijado como contraprestación portuaria. Por su parte, en la cláusula 3ª de ese mismo acuerdo se pactó que una vez entrara en vigencia el Conpes 3744 de 2013 esta sería la metodología que se aplicaría para calcular la contraprestación (fls. 297 y 298, c. pruebas 1).

95.4. En ese orden, el laudo afirmó que Ocesa “no llevó a cabo ninguna actuación encaminada a satisfacer esa prestación a su cargo para evitar incurrir en incumplimiento” (fl. 541, c. ppal del recurso de anulación). Esa afirmación la respaldó con el siguiente análisis probatorio (fls. 541 y 542, del recurso de anulación):

En efecto, tal y como lo reconoció OCENSA en el recurso de reposición formulado el 29 de octubre de 2014, lo cual fue reiterado en la demanda inicial reformada, el 15 de octubre de 2014 la ANI le envió un requerimiento de autoliquidación en el cual la requirió para que al recibo de la comunicación procediera a realizar el cálculo de la contraprestación portuaria de la cláusula tercera del otrosí n.º 2, y efectuara los pagos correspondientes, de conformidad con la metodología del documento CONPES 3744.

Frente a lo anterior, OCENSA formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación, que a la postre se desestimó, en el cual, al igual que los planteamientos en que se fundamenta la demanda principal reformada, adujo la legalidad de la cláusula tercera del otrosí n.º 2 y la inaplicabilidad del documento CONPES 3744 al caso concreto.

Adicionalmente, si bien en reunión sostenida entre la ANI y OCENSA el 29 de abril de 2015, precedida de otra celebrada el día 17 de ese mes y año, se concluyó que se mantenía entre las partes una diferencia conceptual en lo atinente a los volúmenes de carga a utilizar, y que la ANI remitiría comunicación sobre el valor a pagar de la contraprestación derivada de la aplicación del documento CONPES 3744, lo cierto es que la implementación de la nueva metodología y el cálculo de la contraprestación, se repite, no dependía de la voluntad de ninguno de los contratantes, y OCENSA no desplegó ningún acto, o al menos así no está acreditado en el plenario, dirigido a calcular por su propia cuenta el valor de la contraprestación portuaria con base en la metodología traída por el CONPES 3744, ni mucho menos a pagar valor alguno por ese concepto.

En conclusión, encuentra el Tribunal Arbitral que, al margen de las discrepancias que hubieran tenido las partes en relación las variables relevantes a la aplicación de la metodología del documento CONPES 3744, lo cierto es que efectivamente OCENSA incumplió el contrato, al no realizar los actos necesarios para incorporar la nueva reglamentación y cumplir con la obligación de pago de la contraprestación de conformidad con la nueva fórmula, razón por la cual se declarará la prosperidad de la pretensión segunda subsidiaria de la demanda de reconvenición reformada. Por lo tanto se acogerán las excepciones 7.3, 7.4., 7.11a. y 7.12 propuestas por la convocada en la contestación de la demanda principal reformada y, en consecuencia, se niegan las excepciones A, C y U presentadas por la convocante al contestar la demanda de reconvenición reformada.

95.5. Lo expuesto nuevamente pone en evidencia la discrepancia entre la aquí recurrente y el laudo atacado.

95.6. Para la recurrente no existió incumplimiento, en tanto para el efecto se necesitaba que la ANI cumpliera con la fijación de la contraprestación, mientras que para el Tribunal independientemente de las divergencias frente al monto de la contraprestación, Ocensa debía pagarla, en tanto se trataba de una obligación legal y exigible y como no la pagó conforme a lo pactado se seguía su incumplimiento.

95.7. De lo expuesto se observa que existen fundamentos jurídicos y probatorios en el laudo, sin que esta conclusión signifique tomar partido por alguno de esos entendimientos, en tanto no le corresponde a la Sala definirlo así en esta sede. Ahora, la recurrente los cuestiona porque los tiene como insuficientes o errados, mas no por su inexistencia o descontextualización absoluta. En efecto, para la recurrente el comportamiento de las partes determinaba su cumplimiento, mientras que la para los árbitros no, posiciones que, como quedó visto, determinaron las divergencias frente al alcance probatorio de las pruebas aportadas. La suficiencia o asertividad de esas posturas no puede revisarse en esta sede, so pena de adentrarse en el fondo del asunto, posibilidad expresamente prohibida.

96. Conforme a lo expuesto, para la Sala no está probado que se haya fallado en equidad o en conciencia, en tanto además de que existe el fundamento jurídico y probatorio en el laudo, se tiene que las discrepancias del recurso extraordinario rayan con la revisión del fondo del asunto.

4. El cargo por disposiciones contradictorias

97. En este punto, la Sala precisará el alcance de esta causal con base en la Ley 1563 de 2012, para luego revisar los fundamentos del cargo y, finalmente, resolver lo que corresponda.

4.1. El alcance de la causal

98. Frente al alcance de esta causal, la Subsección C ha tenido la oportunidad de precisar su alcance así²⁹:

4.- La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal arbitral. Causal octava de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

4.1.- Diferente a la redacción prevista en el Estatuto anterior se tiene que el legislador en el nuevo Estatuto arbitral indicó 3 supuestos o hipótesis de configuración, esto es, la existencia de disposiciones contradictorias o la de errores aritméticos, o la de errores por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas.

4.2.- Establece otro requisito consistente en que la existencia de esas disposiciones contradictorias o de errores se encuentren en la parte resolutive del laudo o influyan de forma considerable en ella, así como también 1 requisito de procedibilidad consistente en que dichas circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento.

4.3.- Así las cosas, para que sea procedente el estudio de la causal a la que se alude se requiere que en la parte resolutive del laudo existan disposiciones contradictorias o errores aritméticos o por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas; o que éstas influyan en ella y que estas circunstancias se hayan planteado oportunamente ante el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético,

del error por cambio de palabras o alteración de éstas; o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión.

4.4.- Lo anterior a efectos de permitir que el funcionario que profirió la decisión tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en que incurrió o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo³⁰ y para verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad previamente a la interposición del recurso de anulación respectivo.

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

4.6.- Por su parte, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada.

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

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

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

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

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

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

Finalmente no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido”³¹.

4.9.- Es de precisar en este punto que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético, o error por la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de 4 operaciones matemáticas, o a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación más no a interpretaciones jurídicas ya sea sobre el asunto sometido a su decisión o sobre la forma en que el Tribunal debía realizar

*los cálculos o la fórmula u operación matemática que debía aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.*³³

99. De lo expuesto se tiene que esta causal se configura por disposiciones contradictorias y errores aritméticos y gramaticales (omisión, cambio o alteración de palabras), contenidos en la parte resolutive o que influyan en ella, siempre que se hubieran alegado en oportunidad ante el Tribunal.

100. La providencia citada también explica el alcance del error aritmético y el error gramatical, así como el de las disposiciones contradictorias, que son las que interesan para el presente asunto, como se verá al revisar los fundamentos del cargo en estudio. Frente a estas últimas, dice que son aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible el cumplimiento del laudo. Precisa que por regla general esas contradicciones se encuentran en la parte resoluta; sin embargo, advierte que de forma excepcional también pueden estar presentes en la parte motiva, cuando la parte resolutive remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí. Con todo, está proscrita la posibilidad de que a través de esta causal se modifique o altere lo ya decidido.

4.2. Fundamentos del cargo

101. La recurrente sostiene que el *“laudo arbitral que se recurre contiene profundas contradicciones, por cuanto los árbitros Garrido y González en la parte motiva de su decisión encontraron que OCENSA cumplió parcialmente sus obligaciones y realizó el pago parcial de la contraprestación estipulada en la cláusula segunda del otrosí n.º 2 del contrato de concesión, empero, en la parte resolutive de dicho laudo, estos negaron las pretensiones y las excepciones planteada por OCENSA relacionadas con dicho cumplimiento y pago parcial”* (fl. 62, c. ppal 4).

102. Explicó que lo correcto era que se accediera a la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones subsidiarias y declarar probadas parcialmente las excepciones de cumplimiento, de pago y la genérica; sin embargo, a pesar de que el laudo afirmó que Ocesa cumplió parcialmente con sus obligaciones se negaron todas sus pretensiones y excepciones.

103. Finalmente, advirtió que esta contradicción se advirtió al Tribunal a través del trámite de corrección, aclaración y complementación del laudo, pero fueron negadas a través del auto del 13 de agosto de 2018.

4.3. El análisis del cargo

104. Como se observa, la parte recurrente alega la existencia de una supuesta contradicción entre la parte considerativa y la resolutive del laudo. Esta cuestión fue puesta en conocimiento del Tribunal en su oportunidad (fls. 644 a 647, c. ppal del recurso de anulación) y resuelta el 13 de agosto de 2018 (fls. 1 a 12, c. ppal 4). En consecuencia, al menos formalmente, se cumplen las exigencias para el estudio del cargo en comento.

105. Sin embargo, al revisar el fondo se advierte *ab initio* que no se trata de una contradicción en estricto sentido, sino más una solicitud de modificación de lo decidido. Para comprobar la anterior afirmación, la Sala considera conveniente resumir lo decidido por el Tribunal y después revisar los fundamentos de las decisiones que se consideran contradictorias, en particular en lo relacionado con la declaratoria de cumplimiento e incumplimiento parcial.

106. En efecto, el laudo solo accedió a la pretensión primera subsidiaria de la primera principal y a la pretensión primera subsidiaria de la segunda principal de la reconvención, cuya literalidad es la siguiente (fls. 206 y 207, c. ppal 2):

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, la metodología aplicable para el cálculo de la contraprestación que debe pagar el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA, es la establecida en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA incumplió parcialmente el contrato de concesión n.º 016 de 1996, como quiera que no ha pagado la totalidad de la contraprestación portuaria a que está obligado, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma.

107. El laudo, sobre esas pretensiones, en los numerales sexto y séptimo, resolvió (fls. 590 y 591, c. ppal del recurso de anulación):

Sexto. Declarar que, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011 del contrato de concesión n.º 016 de 1996, la metodología aplicable para el cálculo de la contraprestación que debe pagar concesionario (sic) OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA, es la establecida en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma, de conformidad con lo establecido en las consideraciones del laudo, con lo cual prospera la pretensión primera subsidiaria de la primera principal formulada por la ANI en la demanda de reconvención reformada.

Séptimo. Declarar que el concesionario OLEODUCTO CENTRAL S.A.- OCENSA incumplió parcialmente el contrato de concesión n.º 016 de 1996, como quiera que no ha pagado la totalidad de la contraprestación portuaria a que está obligado, de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, del contrato de concesión n.º 016 de 1996, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el Decreto 1099 de 2013 que lo adoptó como norma, con lo cual prospera la pretensión primera subsidiaria de la segunda principal formulada por la ANI en la demanda de reconvención reformada.

108. Finalmente, en el laudo se negaron las demás pretensiones y excepciones de las partes.

109. Para respaldar esas decisiones, el laudo consideró que el incumplimiento de Ocesa se verificó de manera objetiva, en tanto desatendió la cláusula tercera del otrosí n.º 2 que imponía pagar la contraprestación de conformidad con el Conpes 3744 de 2013, una vez este estuviera en firme. La Sala se releva de volver *in extenso* sobre el particular, toda vez que ya se explicó al abordar el cargo anterior (numeral 86 *supra*). Más adelante, el laudo reconoció que el contratista pagó la contraprestación de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda, razón por la cual el incumplimiento de la cláusula tercera debía ser parcial, en tanto tenía la obligación de pagar la diferencia resultante. Así quedó consignado lo anterior en la providencia cuestionada (fls. 543 y 544, c. ppal del recurso de anulación):

En la pretensión tercera principal de la reconvención reformada, la ANI solicitó se ordene a OCENSA “que pague el valor de la contraprestación portuaria que resulte probada, calculada en los términos establecidos en la cláusula tercera del otrosí n.º 2 de 2011, en el documento CONPES 3744 de 2013 y el decreto 1099 de 2013, a favor de los beneficiarios de la misma, que de acuerdo con la cláusula segunda del otrosí n.º 2 de 24 de octubre de 2011 y la Ley 856 de 2003, la contraprestación pro Zona de Uso Público ZUP se distribuye 80% Nación-INVÍAS y el 20% el municipio de San Antero y la contraprestación por infraestructura es 100% de la Nación”.

Dicha pretensión tercera principal de la demanda de reconvención reformada no será acogida por el Tribunal, en la medida en que se encuentra acreditado que, no obstante estar vigente la cláusula tercera y ser aplicable la metodología contenida en el CONPES 3744 a partir de la anualidad que iniciaba el 6 de diciembre de 2013, OCENSA ha pagado la contraprestación portuaria en los términos inicialmente convenidos en el otrosí n.º 2. Así las cosas, no resulta pertinente ordenar el pago integral de la contraprestación calculada bajo la metodología del CONPES 3744, pues existió por parte de OCENSA un pago de la contraprestación en condiciones distintas a las convenidas. En virtud de ello, no procede ordenar el pago de la totalidad de la contraprestación portuaria, como fue solicitado en la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada.

Guardando coherencia con lo expuesto hasta este momento, se abre paso el estudio de la subsidiaria a la tercera pretensión principal de la demanda de reconvención reformada, encaminada a que OCENSA pague la diferencia entre el valor de la contraprestación portuaria que ha sido pagada y aquel que resulta de la aplicación de la metodología dispuesta en el documento CONPES 3744.

Lo anterior, toda vez que OCENSA decidió mantener el pago por el monto inicialmente convenido en la cláusula segunda del otrosí n.º 2, lo cual se encuentra acreditado en el proceso, circunstancia que tiene como consecuencia que, en principio, deba pagar la diferencia entre lo efectivamente pagado y el resultado de aplicar la nueva metodología a cada uno de los periodos antes referidos.

Conforme a la metodología incorporada en el CONPES 3744, resulta preciso recordar lo siguiente: la contraprestación portuaria solo debía ser ajustada para los periodos posteriores a la expedición del citado CONPES y no de forma retroactiva, es decir, únicamente en los siguientes periodos: (i) seis (6) de diciembre de 2013 al cinco (5) de diciembre de 2014, (ii) seis (6) diciembre de 2014 al cinco (5) de diciembre de 2015 y (iii) seis (6) de diciembre de 2015 al cinco (5) de diciembre de 2016; así como los periodos sucesivos durante la vigencia del contrato.

Lo anterior, como se indicó de manera detallada en líneas anteriores, en el entendido de que la obligación de pagar la contraprestación correspondiente al periodo entre el seis (6) de diciembre de 2012 y el cinco (5) de diciembre de 2013 ya había sido cumplida en su integridad y por tanto se encontraba extinta por pago, de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil. En segundo lugar, se destaca que OCENSA pagó de manera parcial la contraprestación portuaria a que estaba obligada, en el entendido que decidió mantener el pago por el monto inicialmente convenido en la cláusula segunda del otrosí n.º 2, lo cual se encuentra acreditado en el proceso, circunstancia que, se repite, tendría como consecuencia que daba pagar como resultados de aplicar la nueva metodología a cada uno de los periodos antes referidos, en virtud de la cláusula tercera del otrosí n.º 2.

110. La recurrente frente a lo anterior sostiene que lo correcto era acceder a la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda original, en la que solicitó que se declarara que pagó y estaba pagando en su totalidad la contraprestación pactada en la cláusula segunda del otrosí n.º 2 y declarar probadas parcialmente las excepciones de cumplimiento, de pago y la genérica.

111. Al respecto, se observa que el laudo sobre la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones subsidiarias de la demanda original, decidió con fundamento en los mismos argumentos de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones subsidiarias (fl. 571 y 572, c. ppal del recurso de anulación), por lo que resulta suficiente con transcribir estas consideraciones, así: (fl. 569 a 571, c. ppal del recurso de anulación):

(...) Así, se advierte que el contenido de la cláusula segunda del otrosí n.º 2 y la cláusula décima primera del contrato constituyen una unidad interpretativa para efectos de este laudo, entendiendo que la segunda corresponde al acuerdo primigenio de las partes, mientras que la primera corresponde a la modificación de la cláusula referida al cálculo de la contraprestación con una aplicabilidad delimitada en el tiempo, razón por la cual, el Tribunal Arbitral se referirá de manera conjunta la pretensión primera y segunda del grupo de pretensiones subsidiarias.

Para efectos de desatar las referidas pretensiones, es oportuno reiterar que a juicio del Tribunal Arbitral, OCENSA no ha pagado en su integridad la contraprestación portuaria pactada en la cláusula décima primera del contrato (modificada por la cláusula segunda del otrosí n.º 2), en el entendido que si bien el importe inicialmente convenido fue transferido por la convocante al Estado colombiano, el valor de las anualidades causadas a partir del 6 de diciembre de 2013 debía reajustarse conforme a lo acordado por las partes en la cláusula tercera del otrosí n.º 2, es decir, según la metodología contenida en el CONPES 3744 (adoptado por el Decreto 1099 de 2013). Así las cosas, en la actualidad OCENSA no ha pagado en su integridad la contraprestación portuaria derivada del contrato, pues existe un excedente pendiente de pago asociado al valor que arrojó la aplicación de la reglamentación incorporada al ordenamiento jurídico en el año 2013. Por lo anterior, las pretensiones primera y segunda del acápite en estudio no están llamadas a prosperar.

112. Es preciso recordar que el laudo reconoce en su parte considerativa el cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula segunda del otrosí n.º 2; ahora, la razón para negar la pretensión segunda del tercer grupo de pretensiones subsidiarias, que solicitaba que se declarara ese cumplimiento, descansó en que los árbitros consideraron que la contraprestación portuaria era una sola, es decir, la contenida en la cláusula 11ª del contrato, modificada por las cláusulas 2ª y 3ª del otrosí n.º 2, razón por la cual al incumplir con el reajuste ordenado en el última cláusula del modificatorio, concluyeron que la contraprestación se incumplió parcialmente y, en consecuencia, no se podía declarar el cumplimiento solicitado por Ocesa.

113. De suerte que la motivación contenida en el laudo resulta consecuente con la decisión de denegar la prosperidad de las pretensiones y excepciones de Ocesa. Ahora, calificar ese entendimiento es una tarea que no corresponde a la Sala en esta sede. Lo cierto es que no existe contradicción entre lo expuesto en la parte considerativa y lo resuelto en ella, más bien lo que se pretende es que se revise lo expuesto por el Tribunal en sus considerandos para cambiar lo resuelto, lo que desborda la competencia de la Sala.

114. De conformidad con lo expuesto se impone declarar improcedente el recurso extraordinario de anulación propuesto.

3.4. Costas

115. Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y merced a que los cargos formulados no prosperaron, se impone condenar en costas, en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

116. Para el efecto, frente a las agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 6° establece las distintas tarifas, particularmente, en su numeral 1.12.2.3. regula la correspondiente al recurso de anulación de laudos arbitrales en la jurisdicción civil, fijándola en un monto de *“Hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes”*.

117. En este punto, conviene precisar que no se aplica la regla de los recursos extraordinarios de los asuntos contenciosos administrativos (numeral 3.4.2.), en tanto refiere a los de súplica y revisión. En cuanto a estos últimos hay dos tipos de recursos de revisión: con cuantía y sin cuantía, con diferentes montos. En esos términos, sería imposible determinar cuál regla seguir, porque si es la de súplica serían 6 salarios mínimos, mientras que si es la revisión con cuantía, que corresponde a este tipo de asuntos, sería hasta el 10% de las pretensiones de la demanda. Por esa razón, la regla que resulta más acorde es la de los recursos de anulación de la jurisdicción civil. En consecuencia, atendiendo al principio de analogía, se aplicará esa tarifa³³.

118. Así las cosas, habida cuenta de que el apoderado de la ANI actuó durante el trámite del presente recurso (fls. 665 a 684, c. ppal del recurso de anulación), atendiendo a las calidades de esa intervención y el desgaste que ello supone, se fijarán las agencias en cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes a la ejecutoria de esta providencia a cargo de Ocesa.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR infundado el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral del 26 de julio de 2018, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre la sociedad Oleoducto Central S.A., Ocesa, y la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, en calidad de convocada y cesionaria del contrato de concesión portuaria n.º 16 del 6 de diciembre de 1996, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida.

TERCERO: FIJAR las agencias en derecho en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia. En consecuencia, la sociedad Oleoducto Central S.A., Ocesa, pagará a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, dicho equivalente.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

MARÍA ADRIANA MARÍN (E) ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrada Magistrado

[1](#) La reforma de la demanda fue admitida mediante del 24 de noviembre de 2016 (fls. 85 y 86, c. ppal 2).

[2](#) El 26 de julio de 2016, la ANI presentó demanda de reconvención (fls. 352 a 364, c. ppal 1), admitida el 26 de agosto de 2016 (fls. 376 y 377, c. ppal 1), decisión confirmada el 6 de septiembre de 2016 al resolver el recurso de reposición interpuesto por Ocesa (fls. 395 a 398, c. ppal 1); el 6 de febrero de 2017, la ANI reformó la reconvención y el 8 de febrero de 2017 el Tribunal la admitió (fl. 225, c. ppal 2). Ocesa interpuso recurso de reposición contra esa decisión (fls. 228 a 232, c. ppal 2), que fue resuelto el 21 de febrero de 2017 confirmando la admisión (fl. 237 y 238, c. ppal 2).

[3](#)

Corresponden a la demanda de reconvención reformada, al igual que los hechos.

[4](#) El inciso último de ese artículo prescribe: *“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo 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”.

5 El artículo 1 del Decreto 2681 definía la naturaleza de la Superintendencia General de Puertos como *“un organismo de carácter administrativo y técnico adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que goza de la autonomía administrativa y financiera establecida en el presente Decreto”*.

6

El artículo 1 del Decreto 4165 de 2011, dispuso: *“Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte”*.

7 Lo anterior, por cuanto la solicitud de convocatoria del Tribunal se presentó el 22 de diciembre de 2015 (fl. 1, c. ppal), cuando la referida ley ya se encontraba en vigencia (esto último ocurrió a partir del 13 de octubre de 2012). Sobre el particular, esta Corporación explicó: *“Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción (...). // Esto significa, entonces que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la*

normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012". Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

8 Ese aparte es del siguiente tenor literal: *"La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo"*.

9 Este criterio fue acuñado de tiempo atrás por esta Corporación: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de junio de 2006, exp. 29.476 y de la misma fecha, exp. 32.398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

10 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 55.852, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

11

La base del estudio de la sentencia del 26 de abril de 2017 arriba citado fue: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero.

12 Cfr. *Ibíd.* Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero.

13 Dicha norma prescribe: *"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. // La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"*.

14 Cfr. *Ibíd.*

[15](#) Lo anterior claro está sin perjuicio de que se incurra en una vía de hecho por aplicación de una fuente del derecho no vigente, pero a través del amparo constitucional de la acción de tutela.

[16](#) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[17](#) Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-125 del 23 de febrero de 2012, exp. T- 3.186.532.

[18](#) Aquí vale la pena precisar que la Corte Constitucional ha impuesto de manera expresa que el defecto sea determinante para la decisión, en tratándose del defecto fáctico y el defecto procesal. **Igualmente, ese análisis está implícito en los demás defectos que configuran la vía de hecho. Sobre el particular ver sentencias: T-555 de 1999, T-233 de 2007, T-302 de 2008, T-781 de 2011 y T-267 de 2013, entre otras.**

[19](#) Consejo de Estado, Subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2017, exp. 56.347, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[20](#) *Ibíd.* Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 43.089, M.P. Enrique Gil Botero.

[21](#) Vale mencionar que **sobre la distinción entre un fallo en conciencia y uno en equidad, la doctrina** nacional advierte un evidente desacuerdo en la jurisprudencia en la aplicación de estas dos nociones. Así lo pone de manifiesto: *“Sobre todo no es necesario [se refiere a hacer la susodicha distinción] porque, en realidad, no existe conexión necesaria, sino solo contingente, entre (i) la declaración del juez del recurso de una distinción entre los significados de “equidad” y “conciencia” o, en cambio, la declaración de una intercambiabilidad de significado entre ambos términos y (ii) la adaptación de una noción de PCE [Propiedad en Conciencia o en Equidad]. Que en un fallo el juez del recurso decida no distinguir entre el significado de “equidad” y “conciencia”, no significa que necesariamente ese juez adoptará una noción PCE específica (...)”*. MORENO CRUZ, Pablo y NAIZIR SISTAC, Juan Carlos, “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. La propiedad conciencia o equidad: cuatro usos jurisprudenciales”, p. 283, pie de página 47. En: *Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales*, Ramiro Bejarano Guzmán, Aida Patricia Hernández Silva y Pablo Moreno Cruz (Editores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

[22](#) La Corte Constitucional en la sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015, exp. D-10455, recordó que la función de la equidad “es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto.”

[23](#) Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-267 del 8 de mayo de 2013, exp. T-3676921. La Corte ha señalado que el supuesto de indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes eventos: (i) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; y (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso (ver sentencia T-781 del 20 de octubre de 2011, exp. T-3106156. De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la vía de hecho por defecto fáctico tiene dos dimensiones una positiva y otra negativa. La primera se presenta cuando la autoridad aprecia pruebas que no ha debido admitir, en tanto fueron indebidamente recaudadas, desconociendo de manera directa la Constitución; la segunda se manifiesta cuando el funcionario judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su evaluación, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez (ver sentencia T-233 del 29 de marzo de 2007, exp. T-1498919).

[24](#)

Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Hernández Enríquez. En esa oportunidad se señaló que el fallo en conciencia “radica en que los árbitros estimen y asuman las

pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 38.051, M.P. Gladys Agudelo Ordoñez. Estos mismos criterios han sido planteados en forma afirmativa, para definir cuándo se está ante un fallo en conciencia, así: *“En este contexto normativo y jurisprudencial debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación: // i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. // ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción. // iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo. Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. // iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión”.*

26 El artículo prescribía (modificado por la Ley 856 de 2003): *“Monto de la contraprestación. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, por vía general en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se benefician con las concesiones portuarias. // Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipio o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. Para efecto de la metodología, el Gobierno deberá tener en cuenta escasez de los bienes públicos utilizables, los riesgos y costos de contaminación, los usos alternativos, y las condiciones físicas y jurídicas que deberían cumplirse para poder poner en marcha y funcionamiento*

el terminal portuario. **Una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse.** // Todas las sociedades portuarias pagarán una contraprestación por las concesiones portuarias. // Sin embargo: // 7.1. Si la Nación lo acepta, una sociedad portuaria puede pagar en acciones el monto de la contraprestación durante el periodo inicial de operaciones, y sin que el porcentaje del capital de la nación adquiera por este sistema llegue a exceder el 20% del capital social. // 7.2. Las demás entidades públicas que hagan parte de sociedades portuarias podrán incluir en sus respectivos presupuestos apropiaciones para aumentar su participación en el capital facilitando así el pago de la contraprestación” (se destaca).

27 El artículo señala: “Cambio de las condiciones de la concesión. Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará sin con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta ley. **Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión, podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo**” (se destaca).

28 En efecto, en ese folio, el Tribunal sostuvo: “Sumado a lo anterior, se resalta que tanto la aplicación de la metodología del documento CONPES 3744 como el monto de la contraprestación portuaria derivado de la aplicación de aquella, tienen un carácter objetivo, toda vez que no depende de la voluntad de las partes”.

29 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2016, exp. 55.477, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

30 Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 25021.

31 Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 39496.

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

33 Dicho Acuerdo en su artículo quinto dispone: “Analogía. Los asuntos no contemplados en este acuerdo se registrarán por las tarifas establecidas para

asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales”.