



## TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

### SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veintidós de febrero de dos mil veintiuno

<b>Asunto:</b>	Recurso extraordinario de anulación
<b>Procedencia:</b>	Tribunal Arbitral promovido por Aures Bajo S. A. S. en contra de O-Tek Central S. A. S. (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia)
<b>Demandante:</b>	Aures Bajo S.A.S. E.S.P.
<b>Demandado:</b>	O-Tek Central S.A.S.
<b>Radicado:</b>	<b>05001-22-03-000-2020-00426-00</b>
<b>Decisión:</b>	<b>Declara infundado el recurso.</b>

### ASUNTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, la Sala procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por O-Tek Central S.A.S. frente al laudo arbitral de 4 de mayo de 2020, proferido por el tribunal arbitral constituido para el caso n.º 2019 A 0031 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en el proceso que Aures Bajo S.A.S. E.S.P. promovió contra aquella.

### ANTECEDENTES

**1.1. El trámite arbitral.** El 21 de mayo de 2019, Aures Bajo S. A. S. presentó solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, a través de la cual sostuvo que O-Tek Central S.A.S. había incumplido el contrato entre ellos

celebrado el 28 de julio de 2017. En consecuencia, pretendió que se condenase a la así incumplida al pago de la suma prevista en la cláusula penal y de la indemnización correspondiente a los perjuicios generados por el incumplimiento (lucro cesante y daño emergente), acompañados de sus debidos intereses de mora.

El centro de arbitraje procedió a la integración del Tribunal Arbitral, el cual se instaló formalmente el 28 de junio de 2019.

La convocada se opuso a las pretensiones, negando la existencia del incumplimiento contractual y alegando la ausencia del nexo causal entre éste y los perjuicios reclamados, los cuales calificó de injustificados e hipotéticos.

Agotada la instrucción, el laudo arbitral se profirió el 4 de mayo de 2020. En decisión unánime, el Tribunal Arbitral condenó a la demandada al pago de las siguientes sumas: \$89.554.421 a título de cláusula penal por incumplimiento; \$125.029.318 a título de daño emergente; \$43.648.044 a título de intereses de mora sobre el daño emergente; \$353.288.387 a título de lucro cesante; y \$124.699.822 a título de intereses de mora sobre el lucro cesante.

**1.2. El recurso.** Contra el laudo arbitral así proferido, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de anulación a través de escrito presentado el 12 de junio de 2020. En él invocó la configuración de las causales séptima y novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a saber: “[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto” y “[h]aber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

En sustento de la séptima causal, la recurrente aduce que el Tribunal Arbitral decidió en conciencia –cuando debía ser en derecho– algunos puntos trascendentales del laudo.

En particular, refiere que al interior del proceso no obra prueba alguna de que Aures Bajo S.A.S. efectivamente haya desembolsado la suma de \$117.029.318 y que, por ende, una de las erogaciones que el tribunal achacó a la demandada como daño emergente carece de sustento probatorio. Por otro lado, sostiene que el Tribunal omitió el análisis probatorio necesario para determinar el precio y la cantidad de la energía producida por Aures Bajo en diciembre de 2018, fijándolos injustificadamente en \$179,54 y 9.150.000 Kv/h, respectivamente, para efectos de calcular el lucro cesante.

De lo anterior extrae que, al separarse injustificadamente de las pruebas obrantes al interior del proceso, el Tribunal se valió de su íntima convicción a la hora de condenar la demandada a la indemnización del daño emergente y el lucro cesante.

En lo que atañe a la novena causal, la recurrente arguye que el laudo resulta incongruente en comparación con las pretensiones formuladas por la demandante.

Más precisamente, expone que el Tribunal accedió un lucro cesante correspondiente al “*período comprendido entre el 4 y el 13 de diciembre de 2018*”, pese a que la actora fundamentó expresamente su pedimento en las parálisis operacionales acaecidas entre el “*16 de agosto al 11 de septiembre de 2018*”. Resalta que el mismo Tribunal reconoció su apartamiento de lo escrito en la demanda, pero que lo justificó diciendo que el lucro no se perdió por las interrupciones de agosto ni de septiembre, sino por el retraso operacional que dichas interrupciones generaron en diciembre.

Por considerar que se desatendió el marco fáctico delineado en la demanda, la recurrente sostiene que la decisión del Tribunal se apartó de lo pedido, toda vez que ni los hechos ni las pretensiones apuntaban al retraso operacional de diciembre, que fue el período asumido bajo un pretexto de corrección.

En caso de que no se imponga la nulidad de todo laudo arbitral, por no prosperar la invocación de la séptima causal, solicita que el éxito de la novena causal conlleve a la ineficacia de lo adoptado en los numerales 4.3.2.3 y 4.3.2.5 de la parte resolutive del laudo, esto es, la condena de la demandada al pago del lucro cesante y de sus intereses de mora.

**1.3. Réplica de la parte no recurrente.** En escrito presentado el 13 de julio de 2020, la parte convocante se pronunció en oposición del recurso presentado por su contraria.

Frente a la invocación de la séptima causal, sostiene la convocante que no es cierto que el Tribunal haya fallado en equidad o en conciencia al conceder el perjuicio reclamado como daño emergente, puesto que hay prueba testimonial y documental de que los servicios fueron prestados, así como del concepto de su prestación y de su valor, el cual finalmente tuvo que asumir la convocante como dueña del proyecto. Con respecto al número de kilovatios y su valor individual, explica que obedecen a los datos razonados en la demanda e incontrovertidos por la recurrente.

Además, señala que esta causal no tiene vocación de prosperidad, toda vez la decisión en conciencia y/o en equidad no es una circunstancia completamente evidente o manifiesta en el presente laudo.

En lo que toca a la novena causal, la parte actora considera que los argumentos expuestos por el Tribunal no obedecen a hechos sustancialmente distintos a los planteados en la demanda, puesto que, sin desconocer las interrupciones de agosto y septiembre, se circunscriben a la conclusión de que éstas sólo se reflejaron en la fecha retrasada de entrada en operación, es decir, en diciembre.

En ese sentido, arguye que la proyección de un lucro cesante en el período señalado por los árbitros no implica una incongruencia sorpresiva para las partes, comoquiera que se apoya sobre la misma imposibilidad de generar y comercializar energía, derivada de las interrupciones operacionales que surgieron del probado incumplimiento de la convocada.

**1.4. El trámite ante este Tribunal.** La presente anulación fue repartida a despacho el 18 de noviembre de 2020, pero, porque no se allegó el expediente en aquella oportunidad, fueron necesarias gestiones adicionales por parte de Secretaría. El expediente fue finalmente recibido el 27 de noviembre de 2020, admitiéndose el recurso mediante auto fechado el 8 de febrero de 2021.

## **2. CONSIDERACIONES.**

**2.1. Presupuestos procesales.** La Sala no advierte impedimentos formales para proferir sentencia en resolución del recurso extraordinario de anulación.

**2.2. Problemas jurídicos.** Vistos los escritos de sustentación y réplica presentados por las partes, y atendiendo el carácter dispositivo del recurso extraordinario de anulación, la Sala entra a resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Se apartó el Tribunal Arbitral de fallar en derecho al dar por probada la causación de un daño emergente derivado de las obras de desmontaje y reinstalación de tubería recibidas por la actora, por no existir prueba directa de una erogación efectiva por este concepto?
2. ¿Se apartó el Tribunal Arbitral de fallar en derecho al cuantificar el precio y la cantidad de energía producida por Aures Bajo en diciembre de 2018, para proferir la condena por lucro cesante?
3. ¿Proferió el Tribunal Arbitral un fallo incongruente al condenar por lucro cesante, al estimar un período de retraso operacional distinto al afirmado por la actora en la demanda?

**2.3. Naturaleza y alcance del recurso extraordinario de anulación.** El recurso de anulación es de naturaleza extraordinaria y restrictiva, por lo que está limitado en sus alcances por expresa determinación del inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, según el cual “[l]a 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”.

Es por ello que la anulación sólo puede estructurarse como una impugnación por errores de procedimiento (*in procedendo*), esto es, por quebrantar las normas reguladoras de la actividad procesal. De ahí que las precisas causales de su procedencia se enfoquen en el aspecto procedimental del arbitraje, como la ritualidad de las actuaciones o la vulneración de las garantías asociadas al debido proceso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de junio de 1990.

No se trata, pues, de un recurso para replantear las cuestiones de mérito o de fondo abordadas por los árbitros, ni menos aún las apreciaciones probatorias en que se fundó su resolución<sup>2</sup>. Los errores puramente sustanciales (*in iudicando*) escapan de la órbita de la anulación, y al Tribunal Superior no le cumple determinar si los razonamientos o criterios de los árbitros se alejaron del derecho sustancial, ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio so pretexto de un supuesto defecto fáctico<sup>3</sup>. Y es que, más allá de la simple sustracción de causales que permitan abordar cuestiones de fondo, el Tribunal Superior no es superior jerárquico frente a los árbitros, y mal podría desnaturalizar la teleología de la institución arbitral para posicionarse como una segunda instancia de aquellos<sup>4</sup>.

Ahora bien, dado que el recurso de anulación persigue la protección del derecho fundamental al debido proceso, su prosperidad acarrea – por regla general– la nulidad de todo el laudo arbitral. Sólo excepcionalmente podrá el juez de anulación corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia en cualquiera de sus formas (*citra, ultra o extrapetita*)<sup>5</sup>, como se desprende del inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, según el cual “[c]uando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”.

**2.4. De la causal séptima de anulación.** Una de las causales invocadas en el escrito de sustentación es la contenida en el numeral 7.º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “*Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

---

<sup>2</sup> CSJ, SC. Sentencia de 13 de agosto de 1998.

<sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 23 de abril de 2018, exp. n.º 59731; y de 19 de julio de 2017, exp. n.º 59067.

<sup>4</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2000, exp. n.º 16724.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 18 de enero de 2019, exp. n.º 60855.

Bien que la configuración de esta causal puede originarse a partir de distintos escenarios, como lo ha decantado la jurisprudencia, siempre supone un alejamiento del estricto marco jurídico sobre el cual debía moverse el juez arbitral, para adentrarse, sin autorización, en el más amplio terreno de la equidad o la íntima convicción.

En análisis de la sexta causal que preveía el Decreto 1818 de 1998<sup>6</sup>, asimilable a la aquí comentada, el Consejo de Estado precisó que se configuraba cuando: “a) *El laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido*”<sup>7</sup>.

De donde se extracta que la ley desautoriza, por una parte, fallar *en conciencia*, refiriéndose a la decisión cuyo contenido sea producto de la libre apreciación del juez arbitral, sin la más mínima consideración a las normas del ordenamiento jurídico o a los parámetros legales de valoración de las pruebas debidamente allegadas; y, por otra, fallar *en equidad*, que es el decidido apartamiento de la solución propuesta por el ordenamiento jurídico, por considerarse inadecuada o injusta.

Claro que uno y otro escenario protegen diversos aspectos del debido proceso. El primero, porque aun la decisión del juez arbitral está sujeta a las normas generales de valoración y motivación, entre las cuales debe “*fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*” (art. 164 C.G.P.) y “*apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*” (art. 176 *ibíd.*); “*ser motivada de manera breve y precisa*” (art. 279

---

<sup>6</sup> **Artículo 163-6.** Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

<sup>7</sup> Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. n.º 38621; reiterada recientemente en sentencia de 27 de noviembre de 2017, exp. n.º 59913 y de 18 de enero de 2019, exp. n.º 60855.



ibíd.) con “*el examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinario... con indicación de las disposiciones aplicadas*” (art. 280 ibíd.). El segundo, porque a los litigantes acompaña el derecho de que sus conflictos sean solucionados con fundamento en el ordenamiento jurídico, salvo que autoricen una resolución técnica o en equidad, lo cual no se presume.

En atención a los señalamientos de la parte recurrente, es del caso insistir que bajo lo dispuesto en esta causal, en concordancia con la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso probatorio, es posible concluir sobre la invalidez del laudo cuando éste defina el litigio incurriendo en un defecto fáctico. Esto es, que se decida con ausencia total de prueba, o ignorando completamente las pruebas efectivamente recaudadas, o la tarifa legal probatoria, o con base en pruebas ilegales o violatorias de derechos fundamentales.

Adviértase que no es la simple discrepancia en el análisis y la valoración probatoria lo que genera en el vicio. El juez de la anulación podría discrepar de los árbitros en estos puntos sin que ello pueda dar lugar a la modificación de la decisión. Sólo la presencia de un error ostensible que permita concluir que la fijación de los hechos del litigio es completamente arbitraria daría lugar a ello.

Ahora bien, la causal en comento exige que la desviación “*aparezca manifiesta en el laudo*”. Esta es una exigencia legislativa que supedita su configuración a la notoriedad del vicio, el cual debe mostrarse tan evidente y ostensible que un análisis simple del laudo permita concluir que el sentido íntimo del juez arbitral fungió basilar en la decisión<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En los términos del Consejo de Estado: “*Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. [...] ...la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone en duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una*

Y debe ser basilar o exclusivo, porque el análisis del juez de anulación, aunque superficial, debe ser completo y estudiar el laudo como una integridad decisoria. Como no se le exige al juzgador arbitral que se despoje de su naturaleza humana y emocional, su decisión no puede malograrse del todo por una intimidad intrascendente, o mucho menos por la invocación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, a la luz del artículo 230 de la Constitución Política.

**2.5. El caso en concreto.** Según lo reseñado en línea superiores, la recurrente sustentó su recurso con referencia –en términos generales– a dos aspectos trascendentales del laudo desprovistos de consideraciones jurídicas y probatorias: la determinación del daño emergente y la cuantificación del lucro cesante.

A partir de la lectura del laudo arbitral, empero, surge la conclusión contraria a la aquí pregonada por el recurrente, pues se observa que los árbitros acudieron a la normativa jurídica y se dieron a la tarea de explicitar su crítica probatoria, sin invocar la equidad o razones extralegales en desatadura de los puntos resaltados por la impugnante.

Con respecto del daño emergente, se advierte que los árbitros enmarcaron su análisis dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, anotando que *“surge imprescindible el análisis de los elementos o presupuestos de esta categoría de la responsabilidad civil, artículos 1502 y 1604 a 1607 del Código Civil”* (acápito 3.8 – pág. 21). Abordándolo propiamente en la sección 3.8.3.2. del laudo, dejaron dicho que *“partiendo del principio de la responsabilidad civil, quien sufra un daño tiene derecho a que éste sea resarcido por su causante y por lo tanto, se le rembolsen los gastos en que razonablemente incurrió con ocasión de los hechos que lo originaron, siempre que exista relación de causalidad entre los elementos y, teniendo*

---

*evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible”* (Sección Tercera, sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. n.º 48117; reproducida en CSJ, STC14794-2019).

*en cuenta la prosperidad de la primera pretensión principal se acogerá la pretensión relacionada con el daño emergente, según los fundamentos y consideraciones que a continuación se indican” (pág. 31).*

Acto seguido, y tras precisar el alcance de la pretensión, el Tribunal Arbitral *“tuvo en cuenta las pruebas aportadas y los testimonios recibidos”*, señalando expresamente el *“acta técnica n.º 27”* (págs. 31 y 34-35), *“los documentos denominados “Control de Actividad”* (pág. 35), el testimonio *“del Ingeniero Rafael Gustavo Giraldo Arroyave”* (reproducido en págs. 31-33) y la declaración del *“representante legal de AURES BAJO, doctor Juan Carlos Mejía Osorio”* (reproducida en págs. 33-34). De ellas se sirvió para, en conclusión, *“acoge[r] la pretensión de AURES BAJO y condenará a O-TEK CENTRAL, al pago de las sumas de dinero consignadas en el acta técnica n.º 27 (...) como se acredita en los documentos aportados de “Control de actividad (...), relación y cobro que fue avalado por AURES BAJO, como obra en el expediente y como consta de lo afirmado por el representante de O-TEK CENTRAL (sic), al responder su interrogatorio”* (pág. 35).

Pero la recurrente se duele de que los árbitros se hayan contentado con un simple aval –del cual dice que no hay evidencia en el proceso–, sin siquiera verificar que la suma de dinero avalada efectivamente haya salido del patrimonio de la convocante, o bien que haya sido cobrada por Excavaciones Subterráneas y Tratamiento S.A.S.

Sin embargo, y pese a tales apreciaciones, paladino es que los árbitros motivaron probatoriamente su determinación dentro de un marco jurídico, y no le corresponde a este Tribunal infirmar la certeza que aquellos derivaron del acervo probatorio, en el cual vieron avaladas *“por el representante legal de AURES BAJO”* las obras recibidas en el *“acta técnica n.º 27”* y razonaron que dicho aval implicó una erogación para la convocante.

Cabe anotar, con respeto del defecto fáctico, que el Consejo de Estado ha acogido la causal comentada cuando no se encuentran expresamente plasmados los racionamientos que condujeron a la decisión, refiriéndose genéricamente a la “totalidad de la prueba” o a la “valoración global” sin ninguna otra especificación (Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de noviembre de 2012, exp. n.º 39332) o evidenciándose la completa ausencia de un ejercicio valorativo de las pruebas recaudadas (Subsección B, sentencia de 26 de abril de 2017, exp. n.º 55.852).

Aquí es patente que los árbitros enmarcaron su análisis dentro del marco jurídico de la legislación nacional, y que hicieron cuenta particular de varias de las pruebas obrantes al interior del proceso, deteniéndose en ellas para sustentar su conclusión con expresa referencia a sus valoraciones. Visto así, no es de este recurso escrutar el acierto de las consideraciones probatorias con que los árbitros cimentaron su decisión, aunque la recurrente sostenga que de ellas no es posible desprender –por insuficiencia del supuesto aval– la prueba del perjuicio patrimonial.

Por otro lado, frente al lucro cesante –también afincado en el acápite 3.8– los árbitros enmarcaron su análisis en los artículos 1613, 1614 y 1616 del Código Civil (acápito 3.8.3.3 - pág. 45), anotando particularmente que *“el lucro cesante reclamado por AURES BAJO es un perjuicio previsible y directo (...); y lo segundo toda vez que la menor venta de energía de AURES a EPM es consecuencia inmediata y explicable por el incumplimiento”* (pág. 45-46). Cabe anotar que no son pocas las razones y consideraciones explanadas por el Tribunal Arbitral en sustento de aquella afirmación (págs. 46-57), dedicando considerables esfuerzos a

justificar sus hallazgos bajo la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional<sup>9</sup> (págs. 58-62).

Claro que la recurrente no cuestiona que los árbitros hayan concatenado el incumplimiento contractual con el lucro cesante padecido por la convocante, sino que lo hayan delimitado con valores huérfanos –a su juicio– de toda consideración probatoria, y aun contra pruebas obrantes al interior del proceso. Su crítica puede ilustrarse en la fórmula utilizada por el Tribunal Arbitral (págs. 64-65):

*Lucro Cesante Bruto = Energía estimada diciembre \*  $\left(\frac{8,33}{31}\right)$  \* precio kilovatio*

$$\text{Lucro cesante bruto} = 9.150.000 * \frac{8,33}{31} * \$179,54$$

Y es que, según la recurrente, no existe prueba que le permitiera al Tribunal Arbitral concluir que la energía que se generaría en diciembre sería de 9.150.000 kilovatios por hora, ni que éste se vendiera al precio de \$179,54. Por el contrario, refiere que en el expediente hay pruebas señaladoras de cantidad y precio diferentes.

En sus consideraciones alrededor del precio que se dejó de vender como lucro cesante, el Tribunal Arbitral asentó: “(...) *el lucro cesante se calculará como el resultado de multiplicar la energía que AURES BAJO se había comprometido vender a EPM y que no se pudo entregar durante el período correspondiente al lucro cesante*<sup>10</sup> *por el precio del kilovatio hora, que varía según el*

---

<sup>9</sup> En el laudo se invocan las sentencias de 10 de agosto de 1976 y 4 de marzo de 1998 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, se resalta la opinión de tratadistas nacionales como Guillermo Ospina Fernández, Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y Edgar Iván León Robayo, quien señala a los principios UNIDROIT como fuente interpretativa en el derecho colombiano, también invocados expresamente.

<sup>10</sup> “*De todas maneras, parece ser que la no entrega de la energía no configuró incumplimiento por parte de AURES BAJO con base en la cláusula octava de su contrato con EPM, según el cual no había incumplimiento si la entrada en operación comercial de la PCHA era posterior a 1 de enero por hechos imprevisibles e irresistibles. De otro lado, la parte convocada alega que una PCH, al entrar en operación, no lo hace en su máxima capacidad y por ello no se debe otorgar como indemnización el valor de la facturación máxima esperada. Con todo, y a lo largo del proceso, O-TEK CENTRAL nunca probó esta premisa desde la perspectiva técnica ni indicó cual*

*mes, de conformidad con lo estipulado en el contrato entre estas dos compañías”* (pág. 63 – nota al pie n.º 54 en el texto original). Más adelante, y justo antes de aplicar la ecuación, dijo que “[*el esquema de análisis adoptado por los árbitros*] *le termina conviniendo, toda vez que tanto la energía estimada como el precio de la energía en diciembre, según el contrato entre AURES BAJO y EPM, es mayor que el precio en agosto o septiembre, posiblemente por el hecho de que diciembre sea un mes de mayores lluvias que agosto y con mayor demanda de energía eléctrica”* (pág. 64).

Se advierte que la recurrente parece rebatir la valoración que el Tribunal Arbitral hizo del contrato entre la convocante y las Empresas Públicas de Medellín, del cual dijo haber extractado los valores aplicados en la fórmula. Empero, porque es claro que el criterio de los árbitros emanó del clausulado aludido, no le es dado a esta Sala inmiscuirse en la interpretación contractual adelantada por los árbitros, según las consideraciones de líneas superiores.

A propósito, los árbitros abordaron el contrato celebrado de EPM como “*un contrato por medio del cual AURES BAJO como vendedor se compromete a entregar toda su producción, sea un kilovatio o miles, a EPM como comprador”*. Continuaron diciendo que “[*e*]n tal sentido, son relevantes tanto la cláusula primera, según la cual el contrato es bajo la modalidad de pague lo generado, así como la segunda, que estipula una vigencia desde el 1 de enero de 2018 o desde la entrada en operación de la PCH hasta el 31 de diciembre de 2016”. De ahí resaltó “[*l*]a facilidad de calcular el lucro cesante cuando ya todo lo generado está vendido, la ratificó ELIÁN YEPES MONTOYA (...) testimonio al que le da credibilidad este Tribunal”, reproduciendo la parte de dicho testimonio que mira al cálculo del lucro cesante (págs. 58-60).

No se ignora la advertencia de la recurrente, según la cual en ninguna de las cláusulas allí contenidas se encuentra un estimado de la energía

---

*hubiese sido el nivel de generación probable, razón por la cual este argumento no se acepta”*. (Nota 54 al interior del laudo arbitral).

que produciría la convocante. No menos oculto, empero, es que el Tribunal Arbitral estimó la energía a partir de la fórmula que fue establecida en el contrato y explicitada en el juramento estimatorio, cuya objeción fue descartada en un aparte inconcuso del laudo (3.11 – págs. 72-74). Esto es, en efecto, lo que explicaron los árbitros al justificarse en el uso de la facturación máxima esperada como base de la indemnización, consignando que “[d]e otro lado, la parte convocada alega que una PCH, al entrar en operación, no lo hace en su máxima capacidad y por ello no se deben otorgar como indemnización el valor de la facturación máxima esperada. Con todo, y a lo largo del proceso, O-TEK CENTRAL nunca probó esta premisa [una generación menor] desde la perspectiva técnica ni indicó cuál hubiese sido el nivel de generación probable, razón por la cual este argumento no se acepta” (nota al pie n.º 54).

Con respecto de las supuestas pruebas que acreditan valores diferentes y que, a juicio de la recurrente, pasaron desapercibidas por los árbitros, debe anotarse que este Tribunal no está en posición de derivar consecuencias del defecto fáctico por omisión, como desentrañando el mérito que no se le dio a determinado medio o al conjunto de todos. Esta causal se configura, itérese, cuando los árbitros apoyan el laudo exclusivamente en su íntima convicción y, por ende, prescinden de toda explicación jurídica o probatoria.

Así lo ha sostenido previamente el Consejo de Estado, cuando se le ha pedido la anulación bajo el argumento de que ciertos elementos probatorios no fueron valorados (Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 2018, exp. n.º 59270; 18 de enero de 2019, exp. n.º 60855).

Para la Sala, entonces, no puede predicarse que la cuantificación de los valores del lucro cesante estuvo huérfana de toda valoración probatoria. Muy diferente es que tales guarismos merezcan, a juicio de

la recurrente, ser revisados en función de algunos documentos que se pasaron por alto, lo cual no pertenece al juez de anulación.

Así las cosas, se concluye que las consideraciones jurídicas y probatorias recogidas en el laudo le hacen mantener una apariencia de acogimiento al derecho, y, por ende, no se impone la prosperidad de esta causal de anulación en los aspectos resaltados por la recurrente.

**2.6. De la causal novena de anulación.** La otra causal invocada en el escrito de sustentación es la contenida en el numeral 9.º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

Esta causal contempla se refiere a las tres hipótesis de incongruencia, a saber: haber recaído sobre aspectos no sujetos a la decisión (*extra petita*); haber concedido más de lo pedido (*ultra petita*); y no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (*citra petita*).

Este planteamiento se edifica a partir de lo establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo tenor es el siguiente: “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”. Como elemento del derecho al debido proceso<sup>11</sup> no cabe duda de que también debe regir las actuaciones adelantadas por los árbitros, quienes no hacen otra cosa que ejercer la función pública de administrar justicia por habilitación del artículo 116 de la Constitución Política<sup>12</sup>.

Es así que la congruencia constituye un principio limitativo de la potestad judicial, de manera que impide determinaciones ajenas a lo

---

<sup>11</sup> Cfr. CC, T-455 de 2016; T-025 de 2002 y T-450 de 2001, entre otras.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 22 de enero de 2007, exp. n.º 04851.



que se pidió, debatió o probó al interior del proceso<sup>13</sup>, sin perjuicio de las facultades oficiosas del juzgador en materia probatoria. Claro que la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado debe ser protuberante, tocante a materias medulares del proceso y carente de justificación; un desajuste intrascendente o justificable no es capaz de configurar una vía de hecho judicial, bien que genere una irregularidad procesal inofensiva a las demás garantías del debido proceso<sup>14</sup>.

Ahora bien, del examen de esta causal ha señalado el Consejo de Estado que es puramente formal, en la medida en que los errores sustanciales (*in iudicando*) son ajenos al recurso de anulación, como ya se ha dicho. La misma Colegiatura ha echado mano al siguiente esquema de análisis:

*“Así, por regla general, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debe realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta (sic) forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio in procedendo se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión”<sup>15</sup>.*

**2.7. El caso en concreto.** Como ya se dejó anotado, la recurrente sustentó esta causal en que los árbitros excedieron su competencia al supuestamente afincarse en un esquema temporal que no se planteó en la demanda frente al lucro cesante, violando así la congruencia en su modalidad de fallo *extra petita*.

A continuación, se transcriben las pretensiones pertinentes de la demanda:

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, T-773 de 2008.

<sup>14</sup> CC, T450 de 2001 y T-1274 de 2008.

<sup>15</sup> Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. n.º 49421; reiterada en sentencia de 1 de julio de 2015, exp. n.º 53181.

***3.1º Primera Principal.** Se declare que la sociedad O – TEK CENTRAL S.A.S. incumplió el contrato celebrado con AURES BAJO S.A.S. E.S.P. el día 28 de julio de 2017, para el suministro de la tubería para sistemas a flujo libre y a presión hasta 32 bar (470 psi) para la PCH Aures Bajo, conforme con los hechos expuestos en la demanda, por causa y ocasión del indebido suministro de la tubería.*

(...)

***3.4º Tercera Pretensión Consecuencial.** Que como consecuencia de la declaración de la pretensión principal, se condene a O - Tek Central S.A.S. a pagar favor de Aures Bajo S.A.S. E.S.P., la suma de mil seiscientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$1.645.000.000) a título de lucro cesante.*

La tocante al lucro cesante, más precisamente, recibió el siguiente sustento en los hechos de la demanda:

***2.10º** Por causa de la equivocada instalación de la tubería por parte de O – Tek, el contratista encargado, Andritz Hydro, de poner en operación los equipos de la central se fue de la obra, y solo pudo regresar hasta mediados del mes de septiembre, lo que retrasó la entrada en operación de la central hidroeléctrica por un lapso aproximado de un mes, lo que constituye para Aures Bajo un lucro cesante de mil seiscientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$1.645.000.000).*

De ellas se ocupan los siguientes numerales de la parte resolutive del laudo (4.3. “Sobre las Pretensiones” - págs. 77-78):

***4.3.1. DECLARAR** que la sociedad O – TEK CENTRAL S.A.S. incumplió el contrato celebrado con AURES BAJO S.A.S. E.S.P. el día 28 de julio de 2017, para el suministro de la tubería para sistemas a flujo libre y a presión hasta 32 bar (470 psi) para la PCH Aures Bajo, por no haber cumplido la obligación de la asesoría técnica como parte integral del debido suministro de la tubería, conforme a las razones expuestas en este laudo.*

(...)

**4.3.2.3. CONDENAR** a O-TEK CENTRAL S.A.S. a pagar a favor de AURES BAJO S.A.S. E.S.P., la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M.L. (§353.288.387) a título de lucro cesante y de acuerdo con lo motivado en este laudo.

Bien que lo resuelto por los árbitros se compagina formalmente con las formulaciones de la demanda, como es evidente, aunque con una suma menor a la pretendida, la recurrente alega que se desconoció la *causa petendi* al interior de las motivaciones contenidas en el laudo. Y aunque el simple examen formal convence a esta Sala -como juez de anulación- de que los árbitros permanecieron dentro de los límites litigiosos, tampoco encuentra que las motivaciones de la decisión denoten una decisión incongruente.

Es claro que el lucro cesante pretendido se apoyaba en la tardía entrada en operación de la central hidroeléctrica “*por un lapso aproximado de un mes*”, al tenor del hecho 2.10 arriba reproducido. Es decir que el pedimento de la actora concatenaba el incumplimiento contractual ocasionado por la indebida asesoría técnica –pretensión principal– con la retrasada operación de la hidroeléctrica –lucro cesante–.

Del análisis probatorio del caso, los árbitros concluyeron que el retraso no correspondía a un “*lapso aproximado de un mes*”, sino a los ocho días que duró la reinstalación de las tuberías entre el 17 y el 24 de agosto de 2018 (págs. 62-63).

Pues bien, “[e]l siguiente problema a resolver –se preguntaron los árbitros– es a qué mes debe corresponder dicho período”, ya que “[t]anto AURES BAJO como O-TEK CENTRAL, dan equivocadamente a entender, en su orden, que el período a tener en cuenta es el comprendido entre el 16 de agosto y el 11 de

*septiembre en el primer caso y entre el 17 y 25 de agosto en el segundo caso” (pág. 63). Como no vieron factible que el incumplimiento impidiera la generación de energía “ni en septiembre, ni en octubre e incluso tampoco en noviembre”, concluyeron que la operación definitiva de la hidroeléctrica, sin el problema de tuberías, “habría comenzado no el 13 de diciembre sino aproximadamente nueve días antes, el 4 de ese mismo mes” (pág. 64).*

El hecho de que en el laudo se reconozca que “*la convocante no sugirió este esquema de análisis que adopta el Tribunal*”, no implica una incongruencia entre lo pedido y lo alegado. En últimas, los árbitros no hicieron otra cosa que precisar el período de retraso operativo de la hidroeléctrica de acuerdo con su convicción probatoria, cosa que se mostró abiertamente desde la demanda como el fundamento fáctico de la pretensión comentada.

Reprocha la recurrente que los árbitros hayan desatendido la estimación de la convocante, en cuyo juramento anotó que el lucro cesante “*se fundamenta en que se generó una parálisis entre el 16 de agosto al 11 de septiembre de 2018, esto es, 11 días para el mes de agosto y 11 días para el mes de septiembre de 2018, para un total de 27 días, que generaron un lucro cesante... total de \$1.290.153.424 [...]*” (1.5 en el escrito de subsanación de la demanda). Sin embargo, encuentra esta Sala que este planteamiento no sustituye o desnaturaliza los fundamentos fácticos expuestos en la demanda y arriba reseñados, que son los verdaderos delimitadores del pleito para los efectos de la congruencia.

Y es que la estimación de la actora –amén de su valor probatorio– sólo marca el límite de la pretensión en cuanto a su techo o tope. Cuandoquiera que su fundamento era que el incumplimiento contractual “*retrasó la entrada en operación de la central hidroeléctrica por un lapso aproximado de un mes*”, cumplía a las partes defender o rebatir, según el caso, ese supuesto de retraso operacional. Por ello, encuentra

la Sala que la decisión de los árbitros no violentó el derecho de defensa de la recurrente, quien, avisada desde la demanda sobre del fundamento fáctico de la pretensión, estuvo en la posición de pronunciarse acerca de dicho planteamiento y de controvertir las pruebas presentadas sobre su existencia y su cuantía, así como de proponer las suyas; o, en una palabra, ejercer su derecho de defensa.

No puede obviarse que los árbitros vieron el daño en la parálisis ocasionada por el incumplimiento de la convocada, durante el reemplazo de tuberías acaecido entre el 17 y 24 de agosto de 2018 (págs. 62-64). Es decir que el debate sobre el lucro cesante se mantuvo anclado a lo alegado por la actora, bien que los árbitros no compartieron todos sus planteamientos.

Claro que la convocante pudo haber desbarrado en la estimación de la cuantía, frente a cuyo valor probatorio se pronunció el Tribunal Arbitral en los siguientes términos: *“A pesar de que se condena por lucro cesante a la convocada en una cifra cercana a la quinta parte de lo pretendido por la convocante, y de que la propia convocada advierte que la cuantía reclamada excede por mucho lo demostrado en el proceso, este Tribunal considera que no hay razón para aplicar la sanción del artículo 206 sobre el Código General del Proceso. (...) si bien el Tribunal no compartió su estimación del lucro cesante, la sociedad convocante hizo una valoración que fue debidamente sustentada y argumentada con la prueba que ésta consideró útil y suficiente para ese propósito, por lo cual, no prosperará la objeción al juramento estimatorio”* (pág. 74). Que la cuantía declarada haya sido mucho menor que la reclamada, entonces, responde llanamente a la hipótesis que, sin constituir incongruencia, contempla el artículo 281 del C.G.P.: *“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”*.

En suma, los árbitros concluyeron en su laudo que el incumplimiento de la convocada tuvo el efecto de retrasar la operación generadora de

la convocante, cosa que no nunca fue ajena a lo que se debatía en el proceso. Ambas partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse respecto al tema de la generación atrasada, así como de participar en la etapa probatoria referente a la misma, sin que la decisión de los árbitros se muestre injustificadamente sorpresiva o inesperada. En efecto, fuera de que la parte resolutive del laudo se conforma formalmente a las pretensiones de la demanda, el minucioso examen probatorio de los árbitros es señalador de que la decisión tomada estuvo acorde a lo debatido dentro del proceso.

Es por ello que tampoco se impone la prosperidad de la segunda causal esgrimida por la recurrente.

**2.8. Costas.** Las costas de esta instancia correrán a cargo de la parte recurrente, contra quien se resuelve el recurso desfavorablemente, según lo establecido en el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 y en el numeral 1.º del artículo 365 del C.G.P.

Conforme con los extremos preceptuados por el Acuerdo PSAA16-10554 en su artículo 5.9, se fijarán las agencias en derecho en cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, atendiendo a que está acreditada la intervención del apoderado de la convocante en oposición al recurso, por una parte, y que el proceso no requirió de actuaciones adicionales a los escritos de sustentación y réplica oportunamente presentados, por otra.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 42 de la L. 1563, las costas deben liquidarse en la sentencia. Dado que no se acreditaron gastos o expensas al interior para resolver este recurso, las costas quedan definitivamente liquidadas en la suma previamente fijada por concepto de agencias en derecho.

### 3. RESOLUCIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Primera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

#### FALLA

**PRIMERO:** Declarar infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada, O-Tek Central S.A.S., contra el laudo arbitral de cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020), proferido por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, constituido para desatar el proceso que Aures Bajo S.A.S. E.S.P. promovió contra aquella.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a O-Tek Central S.A.S., para lo que se fija, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En dicha suma queda la liquidación total de costas, toda vez que no aparecen acreditados otros gastos al interior del trámite de este recurso, según lo expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase;



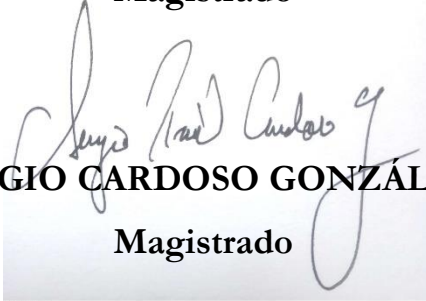
**MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ**

**Magistrado Ponente**



**JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS**

**Magistrado**



**SERGIO CARDOSO GONZÁLEZ**

**Magistrado**