

## RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Objeto

Es necesario precisar que aunque en oportunidad anterior la Sala conoció de un recurso de anulación interpuesto por las mismas partes de este proceso, contra el laudo arbitral de 12 de diciembre de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias derivadas del mismo contrato de concesión; en este caso se conoce del recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido el 13 de enero de 2006 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre las mismas partes, con ocasión del mismo contrato de concesión, pero las pretensiones de la demanda que dieron lugar al presente procedimiento son diferentes. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 22 de agosto de 2002. Radicación 22193

CONSEJO DE ESTADO - Recurso de anulación de laudo arbitral / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Competencia. Criterio orgánico. Recurso de anulación de laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia. Sociedad de economía mixta / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Recurso de anulación de laudo arbitral. Competencia / CORABASTOS - Sociedad de economía mixta

El Consejo de Estado, actualmente, tiene asignada la competencia para conocer del recurso de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales conforme con las previsiones del artículo 162 del decreto 1818 de 1998, en armonía con los artículos 72 de la ley 80 de 1993 y 128.5 del Código Contencioso Administrativo. Además, hace pocos meses el legislador expidió la ley 1.107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta ley dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo concepto, el criterio que define a los sujetos objeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico” no el “material”, es decir, que ya no es necesario determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, o si se rige por el derecho administrativo o por el privado, sino si es estatal o no. De este modo, el legislador adoptó una solución clara. Asignó, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde sean parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas. Este análisis también le aplica al conocimiento del recurso de anulación de laudos arbitrales, donde son parte las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta que, como Corabastos, tengan más del 50% de participación estatal. Nota de Relatoría: Ver Auto de febrero 8 de 2007. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y Otros. Exp. 30.903. C.P. Enrique Gil Botero

FF: DECRETO 1818 DE 1998 ARTICULO 162; LEY 80 DE ARTICULO 72; CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULOS 82 128.5; LEY 1107 DE 2006

ARBITRAMENTO - Generalidades / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Finalidad / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia in iudicando restringida / ERROR IN IUDICANDO - Recurso de laudo arbitral. Competencia Restringida / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Laudo inhibitorio / LAUDO INHIBITORIO - Recurso de anulación. Límite / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL- Límite del juez

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentra el arbitramento, en el cual las partes de un contrato -en este caso estatal- sustraen del juez natural -contencioso

administrativo- el conocimiento del asunto, para asignarlo a particulares, investidos temporalmente de jurisdicción, con el único fin de dirimir esa controversia, y cuya razón de ser tiene fundamento constitucional, porque el artículo 116 dice que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de... árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho..., en los términos que determine la ley”. La decisión arbitral en materia contractual es impugnabile sólo a través del recurso de anulación, cuya finalidad es controvertir algunos errores de procedimiento en que haya incurrido el Tribunal de Arbitramento. Precisamente, uno de los problemas que ha discutido la doctrina gira alrededor de la consecuencia que se sigue en aquellos casos en que, de prosperar alguna de las causales de incongruencia previstas en la ley, el juez del recurso debe pronunciarse sobre el fondo de la decisión arbitral. En estos casos, se asume una competencia in iudicando, pero restringida, en tanto se podrán valorar aspectos jurídicos de fondo, pero dentro de los estrictos límites de la decisión adoptada por los árbitros, razón por la cual, cuando la decisión recae sobre puntos no sujetos a su decisión, o se concede más de lo pedido, el juez del recurso puede anular la parte respectiva. No obstante lo anterior, estima la Sala que si se omite decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento, deberá proceder a adicionar el laudo o a llenar los vacíos dejados por la decisión; pero nunca a sustituir o reemplazar, en bloque, la decisión “... ya que el arbitraje por naturaleza no puede tener dos instancias porque sería necesario convocar otro Tribunal de Arbitramento para prever el proceso fallado por un Tribunal anterior, lo que contraría la institución ( )”. En esta oportunidad, la Sala agrega que tratándose de una sentencia inhibitoria total, la función del juez del recurso extraordinario de anulación se ve desnaturalizada en tanto no hay nada que corregir, subsanar o adicionar de la parte respectiva, sino que se trataría de sustituir o reemplazar, completamente, la decisión arbitral, emergiendo el juez extraordinario como juez de instancia, en franca oposición al querer estipulado por las partes de sustraer de la jurisdicción el conocimiento del litigio. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5.326. C P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de 28 de noviembre de 2002 Exp. 22.191, actor: Clínica de Ibagué Limitada; sentencia de 1º de agosto de 2002, Exp. 21.041. C. P. Dr. German Rodríguez Villamizar. Termorio; de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 16 de julio de 2003, Exp. C-6729, actores: Abigail Clotilde Ruiz de Ramírez y Cleofe Ruiz González contra la sentencia de 3 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Agraria, en el proceso ordinario promovido por las recurrentes contra Cándido Arturo Ochoa Latorre y Marco Tulio Bonilla Leon, así como Susana Ruiz de Ochoa y Liliana María Ruiz de Quevedo, herederas del causante Aniceto Ruiz García

FF: LEY 80 DE 1993 ARTICULO 116; DECRETO 1818 DE 1998; CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULO 672

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Contrato de concesión. Causales de anulación de laudo arbitral / CONTRATO DE CONCESION - Sociedad de economía mixta. Causales de anulación de laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL- Causales. Contrato de concesión. Sociedad de economía mixta

El contrato de concesión objeto de este proceso, celebrado en 1997, fue suscrito entre la Unión Temporal A. Muñoz y una sociedad de economía mixta del orden nacional. Para tal efecto, se tendrá en cuenta que a las sociedades de economía mixta, para la época de la suscripción del contrato, las regía el decreto ley 3130 de 1968, y para el momento de la presentación de la demanda arbitral se encontraba vigente la ley 489 de 1998, regulación que debe tenerse en cuenta, porque se trata del ejercicio procesal del derecho de postulación para demandar

arbitralmente. La ley 489 de 1998 preceptúa que las sociedades de economía mixta son entes que integran la rama ejecutiva del poder público, por tanto forman parte de la estructura y organización de la administración pública -art. 38, lit. f- y aclara que en esa clase de sociedades, en las que el Estado posea el 90% o más del capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado -par.1, art. 38-. Además de esto, la ley le otorga actualmente el carácter de entidad estatal a toda sociedad de economía mixta, sin distinguir el porcentaje de participación del Estado en el capital social. Adicionalmente, desde 1993, la ley 80 tenía establecido que dicho estatuto jurídico era aplicable a las sociedades de economía mixta, donde el Estado tuviera una participación superior al 50%, de manera que, por este sólo aspecto, queda claro que los contratos que celebraba CORABASTOS SA se regían por dicho régimen contractual. De hecho esta entidad tiene una participación estatal del 51.32%. Por esta misma razón, las causales legales que gobiernan el recurso de anulación son las de la ley 80 de 1993, de manera que habrá lugar a estudiar los cargos de anulación propuestos contra el laudo arbitral, sólo si aquellas coinciden con los supuestos previstos en alguna de las causales que contempla el artículo 72 ibídem, por cuanto sólo se pueden invocar las que consagra ésta ley, señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que condicionan la presencia de las mismas, por cuanto no todas las causales previstas para el recurso de anulación contra laudos de que conoce la jurisdicción ordinaria, están contempladas para ese mismo recurso contra los laudos de contratos estatales. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-953 de 1999 dispuso que era inexecutable el inciso 2 del art. 97 de la ley 489 de 1998; Sentencia de 11 de mayo de 2000; exp. 17.480; sentencia de 1 de agosto de 2002, Exp. 21.041, Dr. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 32.871. Actor: Consorcio LAR

FF: DECRETO LEY 3130 DE 1968; LEY 489 DE 1998; LEY 80 DE 1993

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 1 artículo 163 decreto 1818 de 1998. Improcedente / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Facultad oficiosa. Nulidad absoluta. Cláusula arbitral / NULIDAD ABSOLUTA - Declaratoria oficiosa. Cláusula arbitral / CLAUSULA ARBITRAL - Declaratoria oficiosa de nulidad absoluta. Objeto o causa ilícita

Advierte la Sala, soportado en lo analizado hasta ahora, que esta casual tiene fundamento en el art. 163.1 del decreto 1818 de 1998, de manera que la ley 80 de 1993 no erige los hechos invocados en causal de anulación de un laudo arbitral, lo cual impide asumir su estudio, conforme lo establece el artículo 128.5 CCA., según el cual compete a esta jurisdicción conocer “Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia...” Ello no obsta o afecta la facultad que tiene todo juez para declarar de oficio la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos -además de la posibilidad, hoy en día vigente, de alegar este vicio, según se analizó anteriormente-, en ejercicio de las facultades que legalmente se le confieren a todo juez, las cuales sólo puede ejercer respecto al vicio que recaiga sobre la cláusula arbitral o el compromiso, sin posibilidad de extenderla al contrato estatal subyacente que contiene la cláusula compromisoria, dada la autonomía que se reputa del pacto arbitral frente al contrato del cual forma parte -art. 116 ley 446 de 1998-, y bajo los apremios de ley, esto es, con observancia de los presupuestos normativos para la declaratoria oficiosa de nulidad del negocio jurídico -art. 87 CCA.-, el respeto al término de caducidad y “a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia ésta que ha sido objeto de tratamiento y aplicación en reiteradas ocasiones por parte de esta Corporación”. Por lo tanto y, en atención a la obligación judicial de

estudiar el hecho constitutivo de la nulidad absoluta del pacto arbitral o de la cláusula compromisoria, según el caso, entre otras causales puede manifestarse cuando esos negocios jurídicos provienen de objeto o causa lícitos, o sea cuando contravienen el derecho público de la Nación -art. 1.519 CC.-, o cuando los motivos que indujeron a su celebración se encuentran expresamente prohibidos por la ley o contrarían el orden público -art. 1.524 CC-. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 6 de septiembre de 1999 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-025; 7 de octubre de 1999, expediente 12.387, y 11 de abril de 2002, expediente 21.652 de la Sección Tercera; sentencia de agosto 1 de 2002 -exp. 21.041; de la Corte Suprema de Justicia sentencia de 6 de febrero de 1970, Sala de Casación Civil. M. P. Ernesto Cediel Ángel. Gaceta Judicial No. CXXXIII. Pág. 58.

FF: LEY 80 DE 1993; ARTICULO 163.1; CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 128.5; LEY 446 DE 1998 ARTICULOS 116, 1519 CODIGO CIVIL ARTICULO 1.524

ARBITROS - Designación / ARBITROS - Nombramiento / DESIGNACION DE ARBITROS - Cláusula arbitral ilegal. Nulidad parcial de oficio / CLAUSULA ARBITRAL - Nulidad de parcial oficio. Designación de árbitros ilegal / DESIGNACION DE ARBITROS - Juez civil del circuito / JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO - Designación de árbitros / DESIGNACION DE ARBITROS - Centro de arbitraje / CENTRO DE ARBITRAJE - Designación de árbitros

En materia de nombramiento y designación de los árbitros y, para efectos de los laudos sobre contratos estatales, el artículo 228 del decreto 1818 de 1998 dispuso que se regirían por las normas vigentes sobre la materia. Aspectos sobre los cuales el artículo 118 de esa ley -modificatorio del artículo 7° del decreto 2279 de 1989- previó que las partes, conjuntamente, nombrarán y determinarán el número de árbitros, bien sea directamente o por delegación en un tercero. Una norma semejante ya se había contemplado en la ley 23 de 1991 -art. 101-, la cual disponía la necesidad de que las partes nombraran conjuntamente los árbitros, en caso de que no le hubieran delegado esta función a un tercero. De otro lado, en el artículo 119 ibidem del decreto 1818 -modificatorio de los numerales 3 y 4 del artículo 15-, el legislador señaló los siguientes eventos relacionados con la designación de los árbitros: a) Cuando se trate de delegado, el Centro de Arbitraje debe requerirlo para que dentro de los cinco (5) días siguientes haga la designación y, en caso de no hacerlo, será dicho Centro quien lo haga. b) Cuando la persona designada como árbitro no acepta o las partes no han nombrado los árbitros, el Centro de Arbitraje las citará a audiencia para que hagan la designación. c) Las designaciones que las partes no hagan, las efectuará el Centro de Arbitraje. No obstante, la cláusula arbitral pactada, contrariando la ley vigente al momento de su celebración, dispuso que i) cada parte nombraría un árbitro y que ii) la cámara de comercio designaría al tercero, violando la ley la primera forma de designación, pues la norma que estaba vigente al momento de celebrarse el contrato es clara en decir que son “las partes”, conjuntamente, quienes deben nombrar los árbitros. Por este sólo hecho se violó una norma imperativa, pues la Constitución Política señala -en el art. 116- que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición... de árbitros... en los términos que determine la ley.” Según esta norma, al legislador se le defirió la determinación de las condiciones en las cuales se puede asumir la condición de árbitro. Por su parte, la ley dispuso que “las partes” nombrarán “conjuntamente” los árbitros, con lo cual se modificó el sistema que existía con anterioridad, según la cual cada parte podía nombrar su árbitro, de manera que la norma vigente para el momento de la celebración del contrato, así como las que la han modificado, exigen que el nombramiento sea conjunto, o, en su defecto, delegado a un tercero, pero de ninguna manera la ley admite que cada parte nombre su

árbitro. En este sentido, es claro que la cláusula arbitral pactada viola la ley, pero no en forma absoluta sino parcial, pues la ilegalidad sólo se predica de la posibilidad que se adjudicó a cada parte de nombrar su árbitro. Otra cosa es que el Tribunal efectivamente convocado se haya conformado pese a las irregularidades que se anularán en esta providencia. En este sentido, encuentra la Sala que, según el acta de nombramiento de árbitros, obrante en el proceso en original, ante la negativa de CORABASTOS SA de nombrar su árbitro -como lo establecía la cláusula arbitral- la convocante también se abstuvo de nombrar el suyo y le solicitó al juez civil del circuito que nombrara los dos (2) árbitros. El tercer árbitro si lo designó la Cámara de Comercio, como lo establecía la cláusula arbitral. Retomando el antecedente jurisprudencial, se indicó que conforme al artículo 2.024 del C. de Co. los jueces civiles del circuito donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral, son los llamados a designar los árbitros, pues en materia de laudos contra contratos administrativos o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, al Consejo de Estado únicamente le corresponde el conocimiento del recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 12 del artículo 128 del C. C. A., pero nunca la designación de árbitros, ello aunado al hecho de que la designación de árbitros es un mero procedimiento. No obstante, no debe perderse de vista que el legislador de 1998, en su artículo 162, volvió permanentes ciertas disposiciones, como el artículo 15 del decreto 2651 de 1991, luego incorporado en el decreto 1818 de 1998 -art. 129-, cuyo contenido relaciona los eventos y las soluciones en materia de designación de árbitros, asignando un papel preponderante al Centro de Arbitraje. Sobre el alcance de esta norma, en materia de facultades del Centro de Arbitraje para hacer las designaciones o nombramientos que las partes no realicen, la Corte Constitucional, en sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002, advirtió que la etapa prearbitral, dentro de la cual se tramita la designación de los árbitros y la integración del Tribunal, es verdaderamente judicial y aclaró que a partir de la habilitación que las partes hacen a los particulares éstos son investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, por ello son las partes quienes pueden delegar en el centro de arbitramento, la facultad de designar los árbitros, sin que el legislador así lo pueda imponer, razón por la cual condicionó esa facultad en el Centro de Arbitraje al hecho de que las partes así lo hayan pactado, es decir, si lo han autorizado previa y expresamente, en la cláusula compromisoria o en el compromiso, de lo contrario o a falta de estipulación en tal sentido, si las partes no logran acuerdo en la designación de los árbitros, la competencia para designar a los árbitros recae sobre el Juez Civil del Circuito.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Fallo extra petita / FALLO EXTRA PETITA - Requisitos / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 4 artículo 72 de la ley 80 de 1993 / FALLO ULTRAPETITA - Noción / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Recurso de anulación de laudo arbitral

El laudo recae sobre puntos no sujetos a decisión -incongruencia extra petita-, en los siguientes eventos sustanciales: Cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias no transigibles, es decir, define contenciones por fuera de la competencia constitucional y legal máxima, y/o cuando se pronuncian por fuera del objeto del pacto arbitral de las partes, esto es, fuera de la competencia particular y específica asignada por las partes. Ahora, la segunda parte de la norma hace referencia a otra clase de incongruencia: cuando se concede más de lo pedido -incongruencia ultra petita-, situación que acontece si la decisión va más allá de las peticiones que se le formularon y otorga algo más. Por regla general, para verificar si las censuras por incongruencia de un recurrente tienen o no fundamento y certeza, el juez del recurso de anulación debe determinar tanto si la ley -límite máximo-, como las partes -en la cláusula compromisoria. y el demandante -en su demanda (límites especiales)-, delimitaron la

competencia de los árbitros a otros puntos de los decididos en el laudo y, en principio, se dirá que habrá inconsonancia cuando no existe armonía entre lo pedido y lo resuelto. Ahora bien, debe tenerse claro que el vicio por incongruencia no acontece por el sólo hecho de que la decisión arbitral no se compadezca con las pretensiones contenidas en la demanda arbitral, porque, entonces, indefectiblemente acceder o no a las pretensiones marcaría la inconsonancia de la decisión. De ahí que el laudo pueda apartarse de la calificación jurídica o de la interpretación dada a los hechos objeto de controversia, e incluso aplicar normas obligatorias que no necesariamente fueron invocadas por las partes, sin que ello signifique que se esté dictando un fallo incongruente, porque es al juez a quien le corresponde aplicar el derecho, en todo caso dentro del marco señalado por las partes, pero con el alcance fijado en el ordenamiento jurídico.

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 / FALLO MINIMA PETITA - Noción**

Para la Sala, desde el punto de vista normativo, la causal por mínima petita se configura cuando el juez omite pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento, solicitados en la demanda o en la contestación, o sobre asuntos que hubiesen surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestarse. Se reitera que el ataque de un laudo arbitral, por vía del recurso de anulación, se apoya en errores in procedendo de la decisión, por ello no es posible asumir, en forma amplia, como se hace en el recurso de apelación, el análisis de planteamientos e interpretaciones jurídicas de fondo, o determinar si los árbitros aplicaron bien o no las normas sustanciales, aunque lo advierta, y ello encuentra su razón teleológica en el hecho de que fueron las mismas partes quienes apartaron el asunto en controversia del juez natural, al acordar la cláusula compromisoria, de manera que si la decisión arbitral no es del agrado de las partes, porque la decisión no accede a lo solicitado, no debe el juez del recurso de anulación asumir el estudio de fondo, como si se tratara del superior jerárquico del tribunal de arbitramento. Nota de Relatoría: Ver Exp. T-980611. Referencia: solicitudes de nulidad de la sentencia T-481 de 2005, presentadas por la sociedad Concesiones de Infraestructuras S.A. en Liquidación (en adelante CISA), por la sociedad Construcciones Civiles S.A. (en adelante Conciviles S.A.) y por los Consejeros María Elena Giraldo Gómez, Alier E. Hernández Enriquez, Germán Rodríguez Villamizar y Ramiro Saavedra Becerra de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Diferencia entre error in procedendo y error in iudicando / ERROR IN PROCEDENDO - Diferente a error in iudicando / ERROR IN IUDICANDO - Diferente a error in procedendo / LAUDO INHIBITORIO - Sentencia de tutela. Caso de Cisa S.A. contra el Departamento del Valle / CISA - Recurso de anulación de laudo arbitral**

La diferencia entre los vicios de la actividad -in procedendo- y los vicios de juicio -in iudicando- no responden a la transgresión de una norma procesal o sustancial, aunque lo cierto es que este fue un criterio diferenciador que la doctrina empleaba, el cual ha sido revaluado, pues “sería inexacto afirmar que la 'errónea declaración' de ley que da lugar al error in iudicando, deba ser siempre declaración de ley sustancial, o sea, que mientras el error in procedendo tiene siempre efectos limitados al derecho procesal, el error in iudicando haya de repercutir por fuera también sobre el derecho sustancial”. Por esto es mejor señalar, para mayor seguridad, que en el error in iudicando el juez “hace decir a la ley [NOTA: procesal o sustancial] lo que la ley no quiere decir, abusa del poder de mando que el Estado le confía para dar fuerza de ley a la negación de la verdadera voluntad de la ley” -nota de la Sala-. Ahora bien, existen casos en los cuales se

presenta la llamada concurrencia de errores sobre una misma situación -in iudicando e in procedendo-, porque la declaratoria del juez es errónea en cuanto no ejecuta la voluntad de la ley -in procedendo- y ello lo lleva a decir cosas contrarias a la voluntad de la ley -in iudicando-. Para la situación en concreto, la inejecución de la ley aconteció cuando los árbitros entendieron aplicable al caso que juzgaban la decisión de tutela de otro proceso -in iudicando o del juicio-, pues eso los llevó a negar el fallo de fondo y emitir, por tanto, una providencia inhibitoria -in iudicando-. Por lo que, dada la concurrencia de esas situaciones, podría afirmarse que al Consejo de Estado le está vedado asumir el análisis, bajo el argumento de que se trata exclusivamente de un estudio in iudicando. En este sentido, lo que el recurrente pide no es más que un control, por vicio in iudicando, del laudo arbitral, pues la apreciación acerca de si el fallo de tutela de la Corte era aplicable o no, conduce finalmente a hacer un juicio sobre el contenido de la discusión, es decir, sobre la decisión arbitral misma, aspecto que escapa, según se ha dicho, a esta instancia.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Sentencia inhibitoria / SENTENCIA INHIBITORIA - Principio de congruencia / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Decisión. Naturaleza / ARBITRAMENTO - Materia transigible

Se trata de la imposibilidad de predicar la incongruencia de sentencias totalmente inhibitorias, pues se insiste en que la asunción del análisis de los errores que impliquen estudio in iudicando del juez extraordinario están limitados, en forma estricta, al contenido de la decisión de los árbitros, esto es, a la posibilidad de corregir el laudo si incurrió en incongruencia extra o ultra petita, o adicionarlo si se trata de inconsonancia mínima o citra petita, pero nunca de sustituir o reemplazar, completamente, la decisión arbitral, como si se tratara del recurso de apelación o del recurso extraordinario de súplica, por violación directa de la norma sustancial. Lo contrario llevaría a la Sala a inmiscuirse en el tratamiento jurídico de la problemática, en la apreciación y valoración probatoria del contrato de concesión, como si se tratara del juez natural de la causa - vicio in iudicando-, competencia que fue sustraída a la jurisdicción contencioso administrativa, por voluntad de las partes, y que no puede retomar por vía del recurso extraordinario de anulación, en casos como este. En este sentido, cuando no se pronuncia laudo de fondo se atentaría contra la filosofía del mecanismo alternativo de solución de controversias, si esta Sala dictara el fallo, cuando el tribunal nada dijo al respecto, pero no por errores de apreciación de las normas sustanciales aplicables al caso, sino por determinación de una providencia de un juez, que como la Corte Constitucional, es la máxima instancia en materia de derechos fundamentales y quien por demás define, por vía de revisión de tutela, la orientación que los demás jueces de la república deben seguir al respecto. De esta manera, no se está en presencia de la causal de nulidad invocada por los actores, porque el tribunal no dejó de pronunciarse sobre materias sometidas a su decisión, sino que estimó que no podía pronunciarse sobre ellas -en forma por demás discutible (pues esta Sección no comparte ese criterio) porque se había tornado “intransigible” el debate propuesto por la convocante-, según la sentencia de la Corte Constitucional vigente en la época en que se dictó el laudo. Recuérdese, en este sentido, que el art. 115 del decreto 1818 de 1998 exige que sólo puede someterse a tribunal de arbitramento las materias transigibles, entre las cuales la analizada por el tribunal había dejado de serlo para el momento del fallo. En este sentido, los árbitros realmente no dejaron de pronunciarse sobre las pretensiones, si se consideran conscientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron que fallar, según las fuentes del derecho -jurisprudencia- vigentes para el momento.

FF: DECRETO 1818 DE 1998 ART. 115 DEL DECRETO 1818 DE 1998

PRINCIPIO DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL - Tribunal de arbitramento /

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Principio de autonomía e independencia judicial /  
PRECEDENTE JUDICIAL - Apartarse. Carga de argumentación / CARGA DE  
ARGUMENTACION - Precedente judicial. Apartarse

La Sala quiere poner de presente su reproche a la conducta del Tribunal de arbitramento, en la medida en que no tuvo el valor suficiente para separarse de la jurisprudencia constitucional y, en su lugar, acoger la del Consejo de Estado, a sabiendas de que su pensamiento, expresado con contundencia y rigor en el laudo, conducía a esta decisión. Por el contrario, los árbitros, pese a estar inconformes, hasta la saciedad, con la sentencia T-481 de 2005, decidieron finalmente acogerla. Para la Sala esta actitud desdice de la independencia que se atribuye al poder judicial, en el contexto, en todo caso, del deber de observar la jurisprudencia de los órganos de cierre del ordenamiento jurídico colombiano. La posición de los árbitros, en cuanto a su inconformidad con la decisión adoptada por vía de tutela, la cual asumieron pacíficamente, con docilidad y sumisión intelectual, francamente resulta reprochable. Y es que en aras de la naturaleza óptica de jueces, podían y debían, si lo llegaron a considerar, dejar de lado la decisión judicial que por vía de tutela había adoptado la Corte Constitucional, para remover el obstáculo que en el ejercicio de su función jurisdiccional demandaba la estructuración y existencia del laudo en toda su dimensión jurídica. Además, la misma jurisprudencia constitucional, y también la doctrina, no solo permiten el alejamiento de las subreglas, sino que es más, lo demandan cuando existen argumentos o ponderaciones valiosas que superan la línea jurisprudencial de cualquiera de las altas cortes, eso sí, cumpliendo el deber de justificación, de argumentación, en cuanto a la modificación del criterio. Podría hablarse, entonces, no de una facultad sino de un deber de racionalidad, el no asumir posturas que ni en lógica ni en justicia se comparten. En este mismo sentido dice Robert Alexy, comentando el uso de los precedentes judiciales, y la regla de la carga de argumentación relacionada con él, que “...En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello. Cuándo resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso.”

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Costas / CONDENA EN COSTAS -  
Recurso de anulación de laudo arbitral

En materia de recursos de anulación de laudos arbitrales, este aspecto se sujeta a la regulación contenida en el inciso tercero del artículo 40 del decreto-ley 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, por ser esta disposición de carácter especial sobre la materia - de aplicación preferente al artículo 171 del C. C. A., mod. art. 55 ley 446 1998-, la cual dispone que “Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente”, pero como ambas partes recurrieron, y los recursos no prosperaron, no habrá lugar a condena en costas.

FF: DECRETO-LEY 2279 DE 1989 INCISO TERCERO DEL ARTICULO 40; LEY 446 DE  
1998 ARTICULO 129; CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 171;  
MODIFICADO POR EL ARTICULO 55 LEY 446 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00015-00(32711)

Actor: ASESORIAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA YOTROS

Demandado: CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTA S.A.

CORABASTOS-

Referencia: RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por ambas partes, contra el laudo arbitral dictado el 13 de enero de 2006, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., de un lado, y la Corporación de Abastos de Bogotá S. A. - CORABASTOS-, del otro, con ocasión del contrato de concesión No. 047 de 1997, providencia en la cual se dispuso:

“PRIMERO. Declararse inhibido para resolver sobre la demanda presentada por ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y COMPAÑÍA LIMITADA contra la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. -CORABASTOS-.

“SEGUNDO. Declararse inhibido para pronunciarse sobre la nulidad de la cesión del contrato 047-97 y de la cláusula compromisoria.

“TERCERO. Ordenar la remisión del expediente a la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia.

“CUARTO. Disponer que no habrá lugar a la causación del saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario. En consecuencia ordenar la devolución de las sumas a que haya lugar junto con sus rendimientos.

“QUINTO. Sin costas a cargo de las partes.

“SEXTO. Ordenar la protocolización del expediente en una notaría del círculo de Bogotá, si ello fuere necesario” (fl. 356 cdno. ppal. - mayúsculas fijas del original).

### I. ANTECEDENTES GENERALES

#### 1. La demanda.

La presentaron las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., el 1 de octubre de 2002, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, contra la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. -en adelante CORABASTOS- (fls. 1 a 26, cdno. ppal.).

#### 1.1. Las pretensiones.

Se formularon las siguientes:

“Con fundamento en los hechos relacionados y en las disposiciones legales que adelante enuncio, solicito al Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

“A. Que, la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS no pagó, como era su deber, a las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CÍA. LTDA. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR “CORABASTOS”, cesionaria del Contrato de Concesión No. 047-97 celebrado el día 25 de septiembre de 1997 entre la primera y la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ, el saldo insoluto de las sumas que según el flujo de caja contractual debía recibir el Concesionario por arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002.

“B. Que, en consecuencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo que así lo disponga, la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS debe pagar a las sociedades ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. y SCHMEDLING ASOCIADOS Y CÍA. LTDA. integrantes de la UNIÓN TEMPORAL OPERACIÓN BODEGA POPULAR “CORABASTOS”, cesionaria del Contrato de Concesión No. 047-97, y a ello se le condene, dicho saldo insoluto, junto con sus intereses moratorios liquidados de conformidad con los (sic) previsto por el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993 y el artículo 1 del decreto 679 de 1994, desde las fechas en que debían pagarse las sumas respectivas y hasta aquella que se señale en el laudo para su pago.

“C. Que, así mismo, se condene a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS, a pagar a la sociedad ASESORÍAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA LTDA. en su calidad de cesionaria de parte del “Aporte anual de Garantía” (Repago), el saldo insoluto que por dicho concepto le adeuda, junto con sus intereses moratorios liquidados de conformidad con lo previsto por el numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, desde las fechas en que debían pagarse las respectivas cuotas y hasta aquella que se señale en el Laudo para su pago.

“D. Que, se condene a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS a pagar a las sociedades demandantes los intereses moratorios comerciales liquidados a la tasa máxima legalmente permitida, sobre el valor de cada una de las condenas que se profieran en su contra, que se causen desde la fecha señalada, en el Laudo para su pago y hasta aquella en que se efectúe realmente.

“E. Que, se condene a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. CORABASTOS, al pago de las costas del proceso” (fls. 17 a 19 cdno. ppal No. 1 - mayúsculas fijas en el texto).

## 1.2 Los hechos

Como fundamento de las súplicas, la parte actora narró, en síntesis, lo siguiente:

Corabastos abrió la licitación pública número 03 de 1997, con el fin de recibir propuestas para contratar, por el sistema de concesión, la construcción, a precio global y plazo fijo, de la “Bodega Popular” dentro del predio de su propiedad, así como la explotación, conservación, suministro de equipos y operación técnica y administrativa y la ejecución de otras obras accesorias. Los pliegos originales fueron modificados por Corabastos, mediante los adendos números 001 y 002 de 21 y 30 de julio de 1997, respectivamente.

La Unión Temporal A. Muñoz, conformada por las sociedades Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S. A., presentó su propuesta a Corabastos, el 8 de agosto de 1997, la cual resultó favorecida con la adjudicación.

El 25 de septiembre de 1997 se celebró el contrato de concesión número 047, entre la Unión Temporal A. Muñoz y Corabastos, cuyo objeto debía desarrollarse en un plazo de 52 meses, y en tres (3) etapas.

El valor del contrato “que corresponde exclusivamente a las dos (2) primeras etapas, se fijó en la suma de \$14.032'581.798,44, cantidad resultante de la sumatoria de las siguientes partidas, a precios de septiembre de 1997: “...precio de la etapa de elaboración de diseños, precio de etapa de construcción y financieros durante la construcción...” (cláusula tercera)” -fl. 3 cdno. ppal.-.

De conformidad con el pliego de condiciones, el concesionario, para determinar las contraprestaciones a su favor, destinadas a reembolsar el capital invertido y a remunerar sus actividades durante la etapa de operación de la bodega, debía presentar un flujo de caja de la concesión, que se acompañó con las proyecciones hasta el mes de diciembre de 2001, el cual fue aprobado por Corabastos.

No obstante, el flujo de caja reflejaba, desde ese momento, que los solos ingresos provenientes de la explotación y administración no serían suficientes para recuperar el capital invertido por el concesionario, más los rendimientos y demás compensaciones a que tenía derecho; por ello, para cubrir el déficit, Corabastos reconocería al contratista el “Aporte Anual de Garantía”, cuyo valor se estipuló en \$9.898'365.324,89.

El flujo de caja, aprobado al concesionario, incluía los ingresos originados en la facturación a cargo de los arrendatarios de la bodega, monto que era para el concesionario, de acuerdo con la cláusula cuarta del contrato de concesión.

El derecho a recibir el “aporte anual de garantía” fue cedido por la Unión Temporal A. Muñoz a la Corporación Financiera del Pacífico, a la Caja Agraria, al Banco de Bogotá, a la sociedad Indufinanciera S. A., a la Fiduciaria Cáceres y Ferro S. A. y a Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., así como a las señoras Ana Georgina Matiz y/o Luz Stella Acero Martínez, cesiones que fueron notificadas oportunamente a Corabastos y aceptadas por éste.

Corabastos, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, se comprometió a pignorar, a favor del concesionario, los recursos correspondientes al cobro de rodamiento, prenda que hasta la fecha no ha sido constituida. Igualmente, Corabastos garantizó al concesionario los ingresos previstos en el flujo de caja contractual, por concepto de facturación a cargo de los usuarios, así:

“Haciéndose responsable de cubrir cualquier déficit de ingresos originado en la no ocupación total de la bodega (Parágrafo Cuarto, Cláusula Cuarta del contrato).

Trasladando el riesgo del no pago total y oportuno por parte de los arrendatarios a una aseguradora en forma tal que permitiera al concesionario garantizar el flujo seguro y permanente de los ingresos (Parágrafo Tercero, Cláusula Cuarta del contrato).

Evaluando anualmente el flujo de ingresos y asumiendo su eventual déficit (Parágrafo Primero, Cláusula Cuarta del contrato y ordinal G. del numeral 1.1.6. del “Reglamento para la Operación” acompañado como Anexo No. 1 de los Pliegos)” (fls. 5 y 6 cdno. ppal. 1).

El 23 de septiembre de 1998 la Unión Temporal A. Muñoz cedió, a título de compraventa, a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, el contrato de concesión. Esta operación fue aceptada el 25 de septiembre de 1998.

El 15 de octubre de 1998 se suscribió el acta No. 7, que dio inicio a la etapa de operación. Allí se acordó que a partir de esa fecha y hasta el 30 de noviembre de 1998 se realizaría la reubicación y acondicionamiento de los comerciantes arrendatarios de la bodega, y que durante dicho período no se generarían los arrendamientos y demás ingresos inherentes a la administración de la bodega.

El 27 de noviembre de 1998, debido a que Corabastos no había culminado el proceso de adjudicación y normalización de los contratos de arrendamiento de los puestos que conforman la bodega, se prorrogó la etapa de operación hasta el 30 de junio de 2002, tomando como fecha inicial de la misma el primero de enero de 1999.

Desde el mes de enero de 1999, cuando comenzó la operación de la bodega, la mayoría de los usuarios se negaron a pagar las facturas que les presentaba el concesionario, por concepto de arrendamiento y de los servicios prestados o suministrados y que durante el año de 1999 ascendió a la suma de \$2.658'208.319, de los cuales los arrendatarios sólo pagaron \$526'335.786, y Corabastos, en cumplimiento de la garantía otorgada, y para aplicar a dicho concepto, pagó \$439'881.530.

De la facturación por concepto de arrendamiento, servicios y administración, del período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2001, que ascendía a \$1.718'734.522, los arrendatarios de la Bodega Popular sólo pagaron la cantidad de \$291'594.273.

En abril de 2000, la Unión Temporal Operación Bodega Popular convocó a un tribunal de arbitramento, que declaró no probadas la totalidad de las excepciones de mérito propuestas por Corabastos, y el incumplimiento del contrato de concesión 047-97. Así mismo, condenó a Corabastos a pagar, a favor de las sociedades integrantes de la Unión Temporal contratista, la suma de \$6.403'176.056 “por concepto de saldo insoluto de las sumas que de acuerdo con el flujo de caja contractual, debía recibir el concesionario por arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular, durante el período comprendido entre el primero de enero de 1999 y el 31 de mayo del año 2001” (literal a) del numeral cuarto de la parte resolutive del laudo debidamente corregido)” (fl. 9 cdno. ppal. 1)., de manera que sólo cobijó 29 meses, de los 42 previstos para la etapa de operación.

Esa decisión fue recurrida por Corabastos, a través del recurso de anulación, pero el Consejo de Estado lo declaró infundado, en la sentencia de 22 de agosto de 2002.

Durante los últimos 13 meses de la etapa de operación del contrato de concesión -1 de junio de 2001 a 30 de junio de 2002- continuó presentándose la falta de pago, por parte de los arrendatarios de la Bodega Popular, lo que motivó la presentación de esta demanda contra Corabastos, pues, en realidad, el concesionario sólo recaudó de los arrendatarios de la bodega popular, por concepto de arrendamientos, servicios y administración, la suma de \$952'088.056, discriminada como a continuación se refiere:

Las sumas a cargo de Corabastos, por concepto de la diferencia entre los ingresos que debía recibir el concesionario -por arrendamientos, servicios y administración- y los que efectivamente recaudó, ascienden a \$1.922'326.274, por el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de

diciembre de 2001 y, \$2.094'009.832, por el período comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2002.

Las facturas que contienen los valores a pagar son la No. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 39, 41, todas a cargo de Corabastos. Estas fueron cedidas por la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos a la sociedad Romuz S. en C., y luego vueltas a ceder a la Unión Temporal. Por lo tanto, las sociedades convocantes, integrantes de dicha Unión, son las actuales titulares de los derechos vinculados a las mismas, cesión que fue debidamente notificada a Corabastos.

Corabastos tampoco ha objetado las comunicaciones que dan cuenta del recaudo mensual, ni de las facturas presentadas que instrumentan el cobro, por concepto de arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular.

Corabastos suspendió, en el año 2001, el pago del “Aporte Anual de Garantía” o “repago”, por lo tanto, “existe actualmente un saldo insoluto por dicho concepto por valor de \$1.501'922.952 según consta en la certificación que sobre el particular expidió la Jefe de la División de Contabilidad y presupuesto de Corabastos, que se acompañó a la comunicación que el doctor Uriel A. Gutiérrez Gutiérrez le dirigió a Constructora Amco Ltda. con fecha 1 de marzo de 2002” (fl. 17 cdno. ppal. 1).

En el caso concreto, a la Sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. Corabastos le adeuda, por concepto de “repago”, \$159'050.029, contenidos en dos cuotas que se hicieron exigibles en dos fechas, la primera \$82'223.829, del 1 de septiembre de 2001 y, la otra por \$76'826.200, del 1 de diciembre de 2001.

Finalmente, Corabastos no constituyó las pólizas de seguros para garantizar el pago de la facturación a cargo de los arrendatarios de la Bodega Popular, causado entre el 1° de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002 “compromiso que le imponían, para la etapa de operación del contrato de concesión no. 047-97, el parágrafo tercero de la Cláusula Cuarta del mismo y el Parágrafo Cuarto de la Cláusula Tercera de cada uno de los contratos de arrendamientos suscritos por ella” -fl. 17, cdno. ppal.-.

## II. EL LAUDO ARBITRAL

### 1. La decisión

El Tribunal de Arbitramento se declaró inhibido, tanto para resolver sobre la demanda como para pronunciarse sobre la nulidad de la cesión del contrato 047 de 1997 y de la cláusula compromisoria. Ordenó remitir el expediente a la Sección Tercera del Tribunal de Cundinamarca, para lo de su competencia, y dispuso que no había lugar a la causación del saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario, por consiguiente ordenó la devolución de dichas sumas, junto con los rendimientos -fl. 356, cdno. Ppal.-.

### 2. La motivación del laudo

Como soporte de la decisión, el tribunal de arbitramento desarrolló los siguientes puntos: i) presupuestos procesales; ii) autoridad competente para designar los árbitros y la lista utilizada para tal efecto; iii) controversias materia de la litis, en el cual se desarrollaron los siguientes aspectos: i') competencia material y ii') asunción de competencia para tramitar el proceso arbitral hasta la sentencia; iv) procedencia de la acción y, v) estado procesal actual, a raíz de la sentencia

T-481 de 11 de mayo de 2005.

2.1 Presupuestos procesales: Puso de presente que en el trámite arbitral no se incurrió en defecto alguno que invalide lo actuado.

2.2 Autoridad competente para designar los árbitros y la lista utilizada: La Corte Constitucional en sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 declaró la exequibilidad de los numerales 3° y 4° del artículo 15 del decreto 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, y modificados por el artículo 119 ibídem, bajo el entendido de que el centro de arbitraje haría las designaciones de los árbitros que no hubieren sido efectuadas por las partes o por el tercero delegado, siempre y cuando, las partes lo hubieren autorizado expresamente porque, en caso contrario, el nombramiento debe hacerlo el juez civil del circuito.

En el caso concreto, las partes previeron la delegación para el nombramiento de uno de los árbitros en la Cámara de Comercio de Bogotá, como en efecto aconteció, mientras que los demás, ante la falta de acuerdo expreso de las partes, los designó la Juez Cuarta Civil del Circuito, a petición de la parte convocante con citación y audiencia de la convocada.

No obstante, Corabastos, en calidad de convocada, se opuso a la designación que hiciera la justicia civil de algunos de los árbitros, alegando que la competencia recaía sobre el Consejo de Estado, por tratarse de una controversia derivada de un contrato administrativo, de conformidad con el numeral 13 del artículo 128 del C. C. A. Sin embargo, el tribunal de arbitramento, con base en la jurisprudencia, aclaró que el Consejo de Estado, a partir de 1994, se declaró incompetente para el requerimiento y nombramiento de árbitros, en tanto la cláusula general de competencia es del juez Civil del Circuito, actualmente conforme al artículo 129 del decreto 1818 de 1998 y, bajo el entendido que la diligencia de nombramiento de árbitros no es un proceso sino una actuación especial, breve y sumaria, por lo que no es aplicable el artículo 128 numeral 13 del C. C. A.. Al respecto la Corte Suprema de Justicia es del mismo parecer.

2.3 Controversias materia de la litis, competencia material y asunción de competencia para tramitar el proceso arbitral hasta sentencia: El tribunal de arbitramento se abstuvo de conocer del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato 047 de 1998 expedido por Corabastos y, como apoyo al planteamiento citó apartes de la sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, donde se señaló que las cláusulas excepcionales, como las medidas que adopta la administración como manifestación de ese poder, sólo pueden ser objeto de examen por la jurisdicción contenciosa, no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, de tal suerte que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos que se dictan en desarrollo de los poderes excepcionales.

Luego, analizado el contenido de las directivas de la gerencia de Corabastos números 107 y 107A del 30 de octubre de 2002, advirtió el tribunal de arbitramento que en éstas no se resolvieron las pretensiones o reclamaciones que motivan esta solicitud de convocatoria, razón por la cual, a juicio de los árbitros, subsiste una diferencia para la cual las partes convinieron en que fuera decidida por la justicia arbitral, y que tampoco constituyen acto administrativo, pues, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no todas las manifestaciones emanadas de la administración son un acto administrativo, particularmente no lo tienen aquellas en que la administración exprese su decisión de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas o reclamaciones contractuales, porque no constituyen una prerrogativa propia y exclusiva del poder público en ejercicio de función administrativa, sino una posición de la

entidad estatal frente al particular contratista. Y para reforzar este planteamiento dijo:

“Igualmente, está demostrado que cuando Corabastos expidió las Directivas de Gerencia Nos. 107 y 107A el 30 de octubre de 2002, ya las sociedades demandantes habían presentado la solicitud de convocatoria y demanda arbitral que originaron este proceso, en ejercicio de su derecho constitucional de acceso a la justicia, el cual no puede verse afectado por el hecho de que, tiempo después, la convocada haya decidido proferir las decisiones que vienen de comentarse. Y, en todo caso, también resulta evidente que esas Directivas no estaban notificadas y mucho menos ejecutoriadas cuando las convocantes formularon su demanda ni cuando se obtuvo la notificación de Corabastos sobre la admisión de la convocatoria arbitral, a pesar de sus esfuerzos para eludir su citación, como se advierte de los correspondientes informes del notificador del centro de arbitraje” (fl. 319 cdno. ppal).

Insistieron en que la negativa de reconocimiento de aspectos que las convocantes aducen como propios de la ejecución contractual, no hacen parte del acto administrativo de liquidación unilateral, así aparezcan en el mismo documento, y que las pretensiones de la demanda no versan sobre la liquidación del contrato, pues las convocantes buscan la declaración de que Corabastos no ha pagado el saldo insoluto de unas sumas de dinero que debía recibir el concesionario por concepto de arriendos, servicios y administración, y de que debe pagar el saldo insoluto del “Aporte Anual de Garantía” o “Repago”.

Agregó que “revisada la copia de la demanda que en ejercicio de la acción contencioso administrativa entabló la convocante contra las referidas directivas de gerencia, que fue incorporada al expediente, no encuentra el Tribunal identidad entre esas pretensiones y las aquí planteadas” -fl. 323, cdno. ppal.-.

Por otra parte, el actor mal podría impugnar el acto de liquidación del contrato, pues fue expedido cuando ya se había instaurado la demanda arbitral, por lo tanto, las directivas de gerencia Nos. 107 y 107<sup>a</sup>, del 30 de octubre de 2002, contienen un acto administrativo sobre la decisión de la administración de finiquitar el contrato, pero no en cuanto a la negativa -expresa o tácita- de reconocer el saldo insoluto de unas sumas de dinero que, según la parte convocante, debía recibir el concesionario, que son anteriores a la liquidación. Como soporte del argumento hizo la siguiente mención:

“Por supuesto que, en la medida en que aquellos actos administrativos existen y se presumen legales, las partes deberían considerarlos y son ellas quienes tendrían que determinar la forma de involucrar las decisiones que aquí se demandan en sus relaciones contractuales y en la liquidación del contrato. Pero no debería convertirse la facultad que tiene la administración para liquidar los contratos estatales en un vehículo para impedir la acción de su cocontratante, evadir la convocatoria a un tribunal de arbitramento o desvirtuar las decisiones judiciales relacionadas con el incumplimiento de prestaciones propias de la ejecución contractual. Por ello no sería de competencia del Tribunal resolver el futuro desarrollo de la relación contractual ni los efectos de la decisión frente a la determinación de la jurisdicción contencioso administrativa entorno a la acción de nulidad de las referidas Directivas de Gerencia” -fl. 336, cdno. ppal.-.

2.4 Procedencia de la acción: Señaló que era pertinente porque las controversias sometidas a la decisión del tribunal de arbitramento se relacionan con el supuesto incumplimiento contractual, esto es, con aspectos propios de la ejecución y desarrollo del contrato; no con su liquidación.

2.5 Estado procesal actual, a raíz de la sentencia T-481 de 11 de mayo de 2005: El tribunal de

arbitramento analizó la decisión que la Corte Constitucional adoptó, por vía de tutela, originada en la demanda que el Departamento del Valle del Cauca instauró contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró infundado el recurso de extraordinario contra el laudo arbitral que dirimió las controversias dentro del contrato de concesión GM-95-04-017, celebrado entre esa entidad territorial y CISA, y que dio lugar al amparo del derecho al debido proceso de la entidad accionante, así como a anular tanto la sentencia como el laudo arbitral.

La Corte consideró que la permisón del arbitramento no implica que la administración renuncie o disponga de las potestades que el ordenamiento le otorga para hacer prevalecer el interés general y las finalidades del Estado. Además, la potestad de liquidar unilateralmente el contrato, prima facie, no tiene limitación temporal en las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni del Código Contencioso Administrativo, por tanto, el tribunal de arbitramento no podía referirse, implícitamente, sobre el alcance de la liquidación unilateral, desbordando su competencia, por cuanto le estaba vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración, en ejercicio de sus potestades exorbitantes.

Con base en lo anterior, los árbitros indicaron que mientras no exista acto administrativo el particular puede acudir al tribunal de arbitramento, para demandar las prestaciones o incluso solicitar la liquidación del contrato, no obstante, dijeron acatar la interpretación de la Corte Constitucional, pero no compartirla, pues “frente a algunas actuaciones de la Administración, ahora convalidadas por la Corte Constitucional, nos encontramos con que esa competencia puede enervarse, suspenderse o eliminarse tan sólo con proferir un acto administrativo en cualquier momento posterior a la solicitud de convocatoria y hasta la lectura y ejecutoria del laudo” -fl. 351, cdno. ppal.-.

Agregó que “El tribunal ha tenido conocimiento de que CISA ha demandado la nulidad del fallo de tutela. Sin embargo, mientras esta interpretación de la Sala de Revisión se mantenga, es decir, no sea anulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el Tribunal de Arbitramento debe concluir que se encuentra inhibido, por un hecho sobreviniente, de fallar de fondo en el presente proceso y tendrá que dictar sentencia inhibitoria porque el plazo legalmente establecido para fallar así se lo impone” (fl. 353 cdno. ppal. - resalta la Sala).

En consecuencia, ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera para lo de su competencia, conforme a la obligación que impone la Corte Constitucional en la sentencia C-662 de 2004. Advirtió que, en relación con el término de caducidad de la acción contencioso administrativa, la ley 794 de 2003 excluyó como causal a la sentencia inhibitoria, por tanto, el término de caducidad, relacionado con la presente controversia, está suspendido desde la presentación de la demanda arbitral hasta este fallo -fls. 291 a 357, cdno. Ppal.-.

### III. EL RECURSO DE ANULACIÓN

Ambas partes recurrieron el laudo arbitral.

#### 1. Recurso de anulación de CORABASTOS.

Invocó las causales de i) “Haberse decidido cuestiones no sujetas al arbitramento” y ii) “No haber decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento” -causales 4 y 5, artículo 72 ley 80 de 1993- y los numerales 1, 2, 8 y 9 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 -fl. 359, cdno. Ppal.-. Indicó los siguientes vicios en la decisión arbitral:

1.1 Nulidad absoluta por objeto ilícito, porque el tribunal de arbitramento no fue pactado ni constituido en legal forma: Circunstancia que fue invocada a lo largo del trámite arbitral, en tanto la designación de árbitros, permitida en el artículo 118 de la ley 446 de 1998, en el artículo 122 del decreto 1818 de 1998 y el 101 de la ley 23 de 1991, debe ser conjunta y no individual por cada una de las partes.

Si bien el tribunal de arbitramento defendió la validez del pacto, en cuanto la fórmula de designación de los árbitros, lo hizo apoyado en la teoría del “salvamento del vínculo” y bajo el argumento de que la cláusula en cuestión no fue aplicada para efectos de la designación de los árbitros.

Corabastos criticó este planteamiento, con dos argumentos: primero, porque la sanción de la ley recae sobre el pacto, cuando desconoce las normas de derecho público, tal y como lo prevén los artículos 6 inciso segundo, 16, 1519 y 1523 del Código Civil, y el artículo 899 del Código de Comercio. Segundo, porque la tesis del salvamento del vínculo se aplica bajo las previsiones en la legislación vigente, esto es, debe cumplir con las formalidades legales y, requiere ratificación de las partes, conforme al mandato del artículo 1742 del Código Civil, circunstancias que no se observaron en el caso concreto, pues Corabastos no estuvo de acuerdo con la designación de los árbitros, de manera que la nulidad que afecta el pacto arbitral no fue saneada y el vicio debe ser declarado, de conformidad con el artículo 396 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 20 del decreto 2651 de 1991, norma cuya permanencia fue dispuesta en el artículo 162 de la ley 446 de 1998.

Declarada la nulidad del pacto arbitral se produce, en consecuencia, la nulidad del laudo y la afectación del proceso, en la medida en que el tribunal no fue válidamente habilitado para administrar justicia y, por tanto, sus decisiones no pueden tener carácter vinculante y coercitivo. En apoyo de este planteamiento concluyó:

“(…) para efectos de la solicitud que aquí se formula, del estudio de la indebida integración del tribunal, tiene especial relevancia el hecho que los árbitros en el proceso que es objeto de la presente sustentación fueron designados por una autoridad que carecía de jurisdicción para este propósito, es decir, se trataba de una autoridad que no estaba facultada para habilitar a los árbitros, utilizando además una lista que no era la idónea para ello, y en consecuencia éstos también carecían de jurisdicción para adelantar el procedimiento respectivo, tal y como pasa a explicarse a continuación” (fl. 396 cdno. ppal.).

A juicio de Corabastos, tampoco fue válida la designación que hiciera el juez civil del circuito de uno de los árbitros, pues no era el competente para ello, ya que la facultad para tal efecto radica en el Consejo de Estado, dada la naturaleza administrativa del contrato, y se remitió al argumento expuesto en la primera audiencia de trámite, en relación con que el juez civil del circuito designó al árbitro de la lista allegada por el actor, cuando en realidad la Corte Constitucional, en sentencia C-1038 de 2002, advirtió expresamente que la lista debe ser la del Centro de Arbitraje y no la que aporte el solicitante.

Advirtió que la competencia del Consejo de Estado, en materia de designación de árbitros, no sólo deviene del numeral 13 del artículo 128 del CCA., sino del inciso primero del artículo 75 de la ley 80 de 1993 que dispone la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los procesos y de las controversias relacionados con contratos estatales, y dado que el pacto arbitral es un contrato, éste tendrá el carácter de estatal cuando es celebrado por una

entidad de dicha naturaleza.

Por otra parte, el tribunal de arbitramento dio un alcance que no le correspondía al inciso tercero del artículo 70 de la ley 80 de 1993, al pretender que se apliquen normas del derecho privado, pues las reglas vigentes sobre la materia a las que alude esa disposición son las de la ley 80 de 1993, por tratarse de un contrato estatal, concretamente el artículo 75.

Atacó la decisión arbitral sobre la imposibilidad de pronunciarse contra la Resolución ejecutoriada de designación de árbitros que hizo la juez Cuarta Civil del Circuito, porque la materia a decidir es de competencia inherente al tribunal de arbitramento, argumentación con la que los árbitros justificaron la posibilidad de superar la primera audiencia de trámite, y se opuso a la interpretación que de la sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002 hicieran los árbitros, pues, a juicio de Corabastos, la Corte Constitucional se limitó a interpretar la competencia residual de los jueces civiles, derivada de los artículos 12 y 16 del C. de P. C., sin que se haya referido al pacto arbitral de un contrato estatal. Al respecto concluyó:

“Dentro de los parámetros indicados, la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. insiste entonces en su apreciación que la designación del tribunal arbitral, si bien no se tramita a través de un proceso, sí implica la solución de una controversia, ya que el término involucra todo 'debate, discusión o polémica sobre un asunto'. Si en ella interviene una entidad del Estado, es controversia en contrato estatal, y en consecuencia está reservada a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, y a la competencia del Consejo de Estado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 128, numeral 13, del Código Contencioso Administrativo, a quien corresponde ejercer la atribución mediante el nombramiento de los árbitros de las listas de los centros legalmente establecidos. En consecuencia, si el tribunal arbitral, como en el presente evento, fue designado por una autoridad que carecía de jurisdicción para ello, produjo una indebida integración que recayó igualmente sobre árbitros no habilitados, carentes por tanto de la jurisdicción que se requiere para administrar justicia en los términos de la Constitución y la ley, de donde derivaría la ineficacia de los pronunciamientos por él producidos y la consecuente nulidad del laudo arbitral que se solicita sea declarada, con las implicaciones que la falta de jurisdicción tiene para el proceso” (fl. 404 cdno. ppal.).

1.2 Haber decidido sobre puntos no sujetos a decisión -extra petita- y no haber decidido puntos sujetos a decisión -mínima petita-, previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993. Con fundamento en esto pide que el laudo sea corregido o adicionado, según el caso, conforme a lo previsto en el art. 165 del decreto 1818 de 1998, que reproduce lo establecido en el art. 129 de la ley 446 de 1998.

La decisión arbitral es extra petita, porque no obstante que los árbitros declararon su falta de jurisdicción para conocer del proceso, se declaran inhibidos y le solicitan a la autoridad judicial, a quien remiten el asunto, que acate las consideraciones sobre prescripción y caducidad de las acciones y, que “se abstenga por tanto de emitir pronunciamiento que, precisamente como consecuencia de su competencia, son de su exclusiva decisión” (fl. 405 cdno. ppal.), en franca trasgresión a los artículos 72.4, de la ley 80 de 1993, 163.8 del decreto 1818 de 1998. Por consiguiente, es al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a quien le corresponde analizar el tema, sin subordinación al tribunal de arbitramento.

Es mínima petita, porque aunque reconoció, en la parte considerativa, que carece de jurisdicción, se abstuvo de declarar la nulidad de todo lo actuado, siendo ésta la consecuencia indefectible de

la falta de la misma, conforme a lo preceptuado en los artículos 140 numeral 1, inciso último del artículo 144 y 145 del C. de P. C. -fls. 375 a 412, cdno. ppal.-.

2. Recurso de las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda.

Invocaron una sola causal: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento” -causal 5, artículo 72 ley 80 de 1993, fl. 358, cdno. ppal.-, la cual fundamentaron en los siguientes términos.

En primer lugar, cuestionaron la sentencia de la Corte Constitucional No. T-481 de 2005, en la cual se declaró la existencia de una vía de hecho, en la decisión del tribunal de arbitramento, por defecto orgánico, y en la decisión del Consejo de Estado, por defecto sustancial, al no anular el laudo arbitral, por desconocer las normas que regulan la competencia arbitral y la facultad de la administración de liquidar unilateralmente el contrato.

Agregó el recurrente que la Corte Constitucional desconoció la jurisprudencia vigente sobre el tema, porque concluyó que si se encuentra en curso un proceso arbitral, originado en un contrato estatal, y la entidad contratante lo liquida unilateralmente, el respectivo Tribunal pierde competencia para conocer de las controversias sometidas a su decisión, en virtud de la expedición del citado acto administrativo.

Cuestionó la conducta procesal del tribunal de arbitramento, quien aplicó la sentencia de la Corte Constitucional, a pesar de estar en desacuerdo, porque en su consideración “estaba obligado a hacerlo por tener dicha providencia efectos generales -págs. 57 a 60 del laudo-” (fl. 421 cdno. ppal.).

En segundo lugar, dijo que el tribunal de arbitramento no decidió sobre las pretensiones de la demanda, pues se trató de un fallo inhibitorio, por lo que el Consejo de Estado debe revisar si las razones en que se fundó el tribunal para declararse inhibido son o no válidas, y si estaba obligado a acatar la decisión que, en tutela y para otro caso particular, adoptó la Corte Constitucional, con mayor razón si se tiene en cuenta que a lo largo del trámite los árbitros fueron categóricos al afirmar que eran competentes para conocer, no obstante la expedición del acto administrativo de liquidación unilateral, expedido por la entidad contratante, y que la inhibición en realidad no era de su criterio, sino que consideraron estar obligados por la sentencia de la Corte Constitucional, bajo los preceptos del artículo 230 de la Constitución Política, del artículo 36 del decreto 2591 de 1991 y del artículo 48 de la ley 270 de 1996.

Destacó que, incluso, la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1997, en la que revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, indicó que las sentencias a través de las cuales se deciden acciones de tutela sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso, y declaró exequible, en forma condicionada, el numeral 2 del artículo 48 de la ley 270 de 1996, bajo el entendido de que las sentencias de revisión en las que dicha Corte precise el contenido y el alcance de los derechos constitucionales son criterio auxiliar de la actividad del juez, “pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo so pena de infringir el principio de igualdad” -fl. 422, cdno. ppal.-.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de julio de 2002, al declarar nulo el inciso segundo del artículo 3º del decreto ley 1382 de 2000, que permitía estarse a lo resuelto en decisión anterior, siempre que las tutelas tuvieran identidad de objeto, con base

en que esa disposición contraviene, flagrantemente, el numeral 2 del artículo 48 de la ley 270 de 1996, que prescribe que los efectos de la decisión son interpartes.

Corolario de lo anterior es que el recurso de anulación debe prosperar, porque la declaratoria de inhibición no es legalmente válida, pues si el Tribunal de Arbitramento no estaba de acuerdo con la tesis de la Corte Constitucional, tal y como lo justificó en forma adecuada y suficiente, se equivocó al acatarla bajo la consideración de que estaba obligado a hacerlo, pues lo lógico era que se hubiera apartado y procedido a tomar la decisión de fondo sobre la controversia sometida a su consideración, más aún si se tiene en cuenta que la supuesta falta de jurisdicción del Tribunal, originada en la expedición del acto administrativo de liquidación unilateral, nunca ha existido, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, e incluso de la Corte Constitucional “como lo ratificó la Sala Plena de esta última, en el auto 100/06 proferido el 22 de marzo de 2006 mediante el cual declaró la nulidad de la sentencia T-481 de 2005” -fl. 424 vto., cdno. ppal.-.

En tercer lugar y como consecuencia de la revocatoria del laudo arbitral, ante la prosperidad de la causal invocada, la decisión de reemplazo debe ser la siguiente:

a) Frente a la incompetencia del Tribunal de arbitramento, invocada por Corabastos, bajo los argumentos de falta de legitimidad de las convocantes, falta de habilitación, indebida integración del tribunal y falta de competencia material, y la nulidad de la cláusula arbitral, por indebida estipulación e integración del tribunal de arbitramento, debe denegarse y, para tal efecto, son suficientes los argumentos que los árbitros utilizaron en la primera audiencia de trámite y en el propio laudo.

b) En relación con la nulidad de la cesión del contrato de concesión No. 047 de 1997, se debe denegar, en consideración a que la oportunidad para la declaración oficiosa expiró en el mes de septiembre de 2000, esto es, una vez vencidos los dos años contados a partir del perfeccionamiento, y al hecho de que no están vinculadas al proceso las sociedades cedentes e integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz, lo que hace improcedente la posibilidad de declararla, dadas las condiciones específicas que se requieren para decretar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, bajo las previsiones del artículo 87 del CCA., esto es, que aparezca plenamente probado en el proceso y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En el expediente consta que mediante contrato de cesión, celebrado el 23 de septiembre de 1998, la Unión Temporal A. Muñoz cedió, a título de compraventa, a favor de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, el contrato de concesión No. 047 de 1997, cesión que fue sometida a consideración de Corabastos, mediante comunicación de 25 de septiembre de 1998, y aceptada por éste en la misma fecha, por lo que se cumplió con el artículo 41 de la ley 80 de 1993.

c) Sobre el tema de la nulidad de la cesión del “repago”, a favor de la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., debe descartarse, toda vez que cumplió con los requisitos exigidos por los artículos 1.959 y siguientes del Código Civil y fue, sin lugar a dudas, aceptada por la convocada que le pagó a la cesionaria por dicho concepto en el tiempo transcurrido entre el mes de septiembre de 1998 y el de diciembre de 2001.

De conformidad con la cláusula cuarta del contrato de concesión 047 de 1997, dentro de la remuneración del concesionario se encontraba el pago, por parte de Corabastos, del denominado

aporte anual de garantía o “repago”, por el valor determinado en el flujo de caja contractual (\$9.898'365.324) y pagadero en cuotas trimestrales iguales, dentro de los diez (10) primeros días de cada trimestre siguiente al vencido.

Ese derecho a recibir el repago fue cedido por el concesionario original -Unión Temporal A. Muñoz- a varias personas, entre las cuales se encontraba la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., cesiones que fueron notificadas a Corabastos y aceptadas por ella, como lo constatan los pagos de que dan cuenta el anexo No. 113 del dictamen rendido dentro del trámite arbitral por el perito Miguel Antonio Murcia León, y las cuales no puede ahora cuestionar Corabastos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, porque la cesión de un derecho originado en un contrato estatal es diferente a la cesión de este último, por lo que para la validez de aquella se requiere el cumplimiento de los requisitos señalados por los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, para la cesión de créditos personales.

d) Las pretensiones de la demanda: De acuerdo con el numeral 2.2.1 de los pliegos, Corabastos se propuso ejecutar las obras objeto del contrato que dio origen al presente proceso, mediante la celebración de un contrato estatal de concesión, dentro de los siguientes parámetros generales:

- 1) El concedente Corabastos y el concesionario sufragarían cada uno el 50% del valor total de las obras.
- 2) El concesionario tendría derecho a una tasa interna de retorno (TIR) sobre el valor de su inversión.
- 3) El concesionario recuperaría su inversión mediante la cesión de los dineros generados por el canon de arrendamiento y demás ingresos inherentes a la administración de la Bodega Popular.
- 4) Corabastos se comprometió a garantizar al concesionario los ingresos.
- 5) El reparto de excedentes en los ingresos se haría entre Corabastos y el concesionario, en caso de resultar superiores a los proyectados.
- 6) El reajuste anual de los cánones de arrendamiento no sería inferior al 25%.
- 7) los costos para las distintas etapas del contrato debían ser definidos por el concesionario, y estarían a su cargo.

Sobre el desarrollo de los hechos advirtió que el concesionario, al momento de ofertar, señaló que el flujo de caja estaría soportado por los ingresos generados por cánones de arrendamiento, servicios, administración y repago, y que, dentro del desarrollo del contrato, el concepto de repago cambió, porque originalmente se concibió como un mecanismo de garantía de aplicación eventual para cubrir la insuficiencia de ingresos, pero, posteriormente, no se convirtió en un ingreso fijo del concesionario, razón por la cual Corabastos debió asumir unos costos adicionales, a fin de subsidiar a los usuarios de la bodega popular.

Por otra parte, dentro de las obligaciones contractuales se pactó que en los negocios jurídicos de arrendamiento se incluiría el deber del arrendatario de constituir garantía de cumplimiento de sus obligaciones, con el fin de que el concesionario garantizara el flujo permanente de los ingresos, por concepto de arrendamiento. Además, quedó a cargo de Corabastos la obligación de pagar la remuneración al concesionario, aún durante el trámite de las restituciones y nuevas

adjudicaciones de los locales de la bodega, y las obligaciones de garantizar la ocupación total de los locales y de cubrir el déficit de ingresos originado en la falta de pago de los arrendatarios de la Bodega Popular.

Las anteriores obligaciones se fundamentan en la cláusula contractual, aceptada por Corabastos, que garantiza el flujo seguro y permanente de los ingresos por concepto de arrendamiento, en la forma y condiciones señaladas en el párrafo tercero, cláusula cuarta y, en efecto, cuando así aconteció, Corabastos pagó a la concesionaria el canon de locales no ocupados.

En consecuencia, el deber contractual, a cargo de Corabastos, de pagar la diferencia entre los ingresos percibidos de los arrendatarios de la bodega popular y los ingresos previstos en el flujo de caja contractual, por concepto de arrendamientos, servicios y administración, fue acogida y aceptada tanto por Corabastos, quien canceló un total de \$446'530.013, como por el primer tribunal de arbitramento, cuya sentencia de 12 de diciembre de 2001 condenó a la contratante a pagar, por el mismo concepto, la suma de \$6.403'176.056.

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a que Corabastos cumpla con las obligaciones que el contrato le impuso, en relación con los ingresos del concesionario, y por ello este último solicitó que se condene a la convocada al pago del saldo insoluto de las sumas que, según el flujo de caja contractual, debía recibir el concesionario por arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002, y de las sumas por concepto de repago que le adeuda a las convocantes.

De otra parte, continua diciendo la parte convocante, Corabastos se opone a las pretensiones, bajo la tesis de que para determinar la viabilidad de las mismas debe establecerse, previamente, si al finalizar el contrato el concesionario había recuperado su inversión, con la Tasa Interna de Retorno -TIR- acordada, lo cual no es cierto, porque no existe estipulación contractual indicadora de que para hacer efectiva la garantía de ingresos por facturación, o para proceder al pago del “repago”, deba realizarse previamente una evaluación sobre la recuperación del capital y la TIR. Tampoco es cierto que la garantía de ingresos le fuera otorgada al concesionario para asegurarle la rentabilidad esperada, ya que, en realidad, buscaba afianzar el flujo seguro y permanente de los ingresos. En apoyo a dicha argumentación indicó:

“Toda la teoría de la convocada sobre el tema que nos ocupa, se fundamenta sobre la base errada de que la obligación de garantía a su cargo, tiene por finalidad asegurarle la TIR al concesionario y que por lo tanto, si esta última se obtiene no hay lugar a reconocimiento adicional alguno a favor del contratista.

“Pues bien, la anterior premisa está clara y expresamente desvirtuada por el contrato de concesión donde como se dejó visto, se estipuló que la finalidad de la tantas veces citada garantía, es la de asegurarle al Concesionario “el flujo seguro y permanente de los ingresos”, garantía que es permitida por nuestra legislación como se desprende por ejemplo del artículo 33 de la ley 105 de 1993 que señala: Garantías de ingreso: Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva...” -fl. 432 cdno. ppal.-

Lo anterior evidencia que la finalidad primordial de la garantía de ingresos era asegurar la normal operación de la Bodega Popular, para evitar que se viera afectada por insuficiencia de los mismos, que impidiera su funcionamiento, y por ello el primer tribunal de arbitramento

determinó que el déficit de ingresos debía cubrirse por Corabastos, durante la ejecución del contrato, mes a mes, y no al final del mismo, como lo pretende la convocada.

A su juicio, sería ilógico que el concesionario tuviera que esperar hasta la finalización del contrato, para hacer efectiva la garantía de ingresos, pues la concesión colapsaría, por imposibilidad de operar la bodega, ya que toda la estructura económica del contrato, incluyendo la obtención de la TIR, está fundamentada en el flujo oportuno de ingresos, que quedaría inoperante si cualquier eventual déficit de ingresos sólo pudiera hacerse exigible al final del contrato.

Es más, el primer tribunal de arbitramento dijo que era obligación incluir en los contratos de arrendamiento la póliza, y garantizar la ocupación total de los locales, para que el contratista recibiera el total de las sumas previstas en su flujo de ingresos, que el contratista debía operar la bodega popular durante todo el término previsto para que recupere su inversión y la utilidad (TIR), y que la garantía de ocupación y de los ingresos no estaba sujeta a la evaluación anual de flujo prevista en el mismo contrato -repago-.

En conclusión, para que surja la obligación, a cargo de Corabastos, de pagar al concesionario los ingresos no cancelados por los arrendatarios, por concepto de arrendamiento, servicios y administración de la Bodega Popular, basta que se presente un déficit en dichos ingresos, sin que se requiera acudir, previamente, a una evaluación del flujo de caja.

Tampoco la obligación del repago quedó sometida a condicionamiento, conforme se advierte del contenido de la cláusula cuarta del contrato, en la que se estipuló que se pagaría en cuotas trimestrales iguales, dentro de los 10 primeros días de cada trimestre.

En realidad, Corabastos pretende, en forma irregular, al no proponerlo a través de la demanda de reconvencción, dentro de la controversia objeto de la decisión, la liquidación del contrato, pues la evaluación del flujo de caja y los resultados de la TIR son temas propios de la liquidación, que es un tema ajeno a la competencia de los árbitros, porque sobre ella no versan las pretensiones y porque es anterior al acto administrativo de liquidación unilateral.

No obstante, en caso de acogerse la hipótesis de la necesidad de la previa evaluación del flujo de caja y la TIR, debe tenerse en cuenta que la convocada pretende convencer de que nada le adeuda al concesionario, a través del llamado “flujo de caja real al 30 de junio de 2002”, sin soporte probatorio, porque la experticia lo único que hizo fue recoger las solicitudes de Corabastos. Es más, dentro del proceso se acreditó que los arrendatarios no pagaron al concesionario las sumas que, según el flujo de caja contractual, debía recibir por concepto de arrendamientos, servicios y administración de la Bodega Popular, dentro del período comprendido entre el 1° de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002, que es el supuesto requerido para la prosperidad de la pretensión B de la demanda.

En relación con la cuantificación de la pretensión B indicó:

Por el período comprendido entre el 1° de junio y el 31 de diciembre de 2001.

- Ingresos que debían recibirse	\$2.406'228.328-	Ingresos recibidos
	\$ 494'957.090	
Diferencia	\$1.911'271.238	

Por el período comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2002.

- Ingresos que debían recibirse	\$2.562'195.984
- Ingresos recibidos	\$ 473'298.748
Diferencia	\$2.088'897.236” (fl. 435 cdno. ppal).

Sumado a lo anterior, deben liquidarse los intereses moratorios sobre los valores a cargo de Corabastos, liquidados de conformidad con la ley 80 de 1993, y que se acreditó con la experticia obrante en el anexo 246.

Frente al saldo que por concepto de repago le adeuda Corabastos a la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., que es el objeto de la pretensión C de la demanda, se encuentra debidamente acreditado en el expediente que ascendió a la suma de \$159'050.029, más el valor de los intereses moratorios, también liquidados por el perito, cálculo que deberá extenderse hasta la fecha de la sentencia que resuelva el presente recurso de anulación. Agregó que:

“Corabastos ha pretendido y de hecho así lo hizo en la liquidación unilateral del contrato, realizar un cruce de cuentas entre el saldo insoluto total del repago que asciende a \$1.501'922.952 y unas supuestas obligaciones a su favor y a cargo del concesionario, originadas en pagos de impuestos prediales y servicios públicos (respuestas al perito Murcia Leon a las preguntas 1.2 y 9 formuladas por las convocantes, páginas 5 y 9 del dictamen)”. -fl. 435, cdno. ppal.-

A juicio de las convocantes, lo pretendido por Corabastos es una compensación, a la luz de los artículos 1.714 y 1.715 del Código Civil, que es de imposible ocurrencia, porque ambas deudas deben ser líquidas, lo cual implica la certeza sobre su existencia y cuantía, y una deuda litigiosa o discutida no puede ser compensada.

e) En relación con la objeción por error grave, formulada por Corabastos contra el dictamen pericial, señaló que las censuras, en realidad, son divergencias conceptuales o apreciaciones subjetivas, tales como: si la contabilidad del concesionario es o no idónea o confiable, si se deben o no incluir en el flujo determinados ingresos y/o egresos; de manera que no son errores graves.

Por otra parte, esos cuestionamientos no tendrían incidencia sobre las pretensiones de las convocantes, pues su éxito o fracaso no depende del resultado del flujo contractual y porque para su cuantificación puede acudir a la contabilidad de la convocada y al acto administrativo de liquidación unilateral. Además, el valor de las sumas que el concesionario recaudó de los arrendatarios de la Bodega Popular, en el período comprendido entre el 1° de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002, que es el fundamento de la pretensión B de la demanda, puede extraerse del acto administrativo de liquidación unilateral que sólo fue objetado por el concesionario, en cuanto al ajuste por auditoría, por valor de \$66'040.946. Es más, la diferencia real que se presenta entre el valor de las sumas recaudadas, según la liquidación unilateral -\$1.025'757.469-, y la contabilidad del concesionario -\$968'255.838- es de tan solo \$57'501.631.

El saldo del “repago”, que es el objeto de la pretensión C de la demanda, está soportado en la contabilidad de Corabastos, que resulta de descontar del valor inicial del repago cedido a Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda., que ascendía a \$1.718'481.088, la suma que le fue pagada \$1.559'431.059 para llegar al saldo insoluto de \$159'050.029.

#### IV. TRÁMITE DEL RECURSO

El Consejo de Estado avocó el conocimiento y corrió traslado para la sustentación de los recursos, y dio traslado especial al Ministerio Público, por auto de 13 de junio de 2006 -fls. 367 a 368 cdno. ppal.-.

1.1. Corabastos S. A. se opuso a la prosperidad del recurso de anulación presentado por las convocantes. Alegó la falta de legitimación de la Unión Temporal recurrente, porque no acreditaron la calidad de cesionarios del contrato, dada la autonomía del pacto arbitral y del hecho de que no es accesorio al contrato de concesión, por lo tanto, la cesión del pacto arbitral debe producirse expresamente, junto con la protuberante nulidad por objeto ilícito de que adolece dicho pacto.

Con base en lo anterior señaló que dio su consentimiento para someter al proceso arbitral las diferencias que tuviere en desarrollo del contrato con la Unión Temporal A. Muñoz, pero no para someter a esta jurisdicción la solución de controversias con los integrantes de la Unión Temporal Operación Bodega Popular Corabastos, ya que no hubo cesión del contrato de donde deriva la cláusula compromisoria.

Sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito de la cesión del contrato de concesión 047 de 1997, explicó que si en gracia de discusión se aceptara que la cesión del contrato incluyó la cesión de la cláusula compromisoria, aquella también adolece de objeto ilícito, porque contraviene la disposición del artículo 41 de la ley 80 de 1993 sobre la característica *intuitu personae* de los contratos estatales, que hacen que una vez celebrados no puedan cederse, sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En el caso concreto, a su juicio, la falta de acto administrativo motivado hace que se incurra en causal de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, en concordancia con el artículo 899, ordinales 1 y 2 del Código de Comercio, que debe ser declarada de oficio, de acuerdo con los artículos 1742 del Código Civil, 306 inciso 3° del C. de P. C., 20 del decreto 2651 de 1991 y 87 del C. C. A.

La aceptación posterior del gerente de Corabastos no modifica los vicios en que incurrió la cesión, porque esa aceptación no constituye acto administrativo, es una nulidad insanable y desconoce los artículos 41 y 24, numeral 7, de la ley 80 de 1993, disposiciones que son de orden público y de obligatorio acatamiento. Además, de la documentación que obra en el expediente, se evidencian serios indicios de que las cesionarias no tenían experiencia en la administración de una bodega, que no cumplían con los criterios de calificación y clasificación que le permitieron al cedente ser elegido para celebrar el contrato.

Enseguida aludió a la improcedencia del recurso de anulación formulado por las convocantes, dado que la sentencia arbitral no adolece de incongruencia, pues sí decidió sobre las cuestiones sujetas a arbitramento, al prosperar la excepción de falta de jurisdicción, que le impidió pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda; situación distinta es que las convocantes no estén de acuerdo con la decisión, lo cual constituye una acusación por vicio *in iudicando*, que no es del resorte del juez del recurso de anulación, porque pretende cuestionar los fundamentos jurídicos de la decisión que tomó el tribunal arbitral “para deducir luego de allí que la falta de jurisdicción declarada por él es inexistente y culminar la tarea sustituyendo en su integridad al tribunal arbitral, mediante la expedición de una sentencia que se pronuncie sobre la totalidad de las pretensiones de la solicitud de convocatoria, (...) cuando ninguna de tales peticiones resulta

procedente, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación. En efecto, no es formalmente procedente que el Consejo de Estado entre a analizar los fundamentos legales en que se basó el tribunal arbitral para declarar la carencia de jurisdicción y posteriormente inhibirse para fallar, por cuanto el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, en la cual puedan ser debatidos los argumentos jurídicos de la decisión adoptada, tal y como lo enseña el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en la sentencia de 23 de agosto de 2001” -fls. 475 a 476 cdno. Ppal.-.

Finalmente, la petición del recurrente para que el Consejo de Estado sustituya al tribunal arbitral y emita pronunciamiento sobre la totalidad de las pretensiones y excepciones no es de recibo, porque el juez del recurso de anulación no es tribunal de instancia que sustituya al juez competente, en tanto la Corporación Contencioso Administrativa no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento, pues se trata de diferentes jurisdicciones.

Insistió en que, además de las anteriores razones para desechar el recurso, esto es, la falta de jurisdicción -por nulidad absoluta del pacto arbitral- e indebida integración del tribunal, la existencia del acto administrativo de liquidación unilateral constituye otra situación generadora de esa falta de jurisdicción, y de la cual fue advertido el tribunal de arbitramento, en la primera audiencia de trámite. En apoyo de su planteamiento agregó que:

“...bien conviene observar que el contrato No. 047 de 1997, celebrado entre Corabastos y la Unión Temporal A. Muñoz, concluyó el día 30 de junio del año 2002, y la cláusula vigésima tercera, sobre la liquidación del mismo, expresamente establecía que ella se realizaría “(...) de común acuerdo entre la Corporación de Abastos de Bogotá S. A., Corabastos, y el concesionario dentro de los tres meses siguientes a la finalización del plazo del contrato”, para agregar en su parágrafo primero que “si no se llegase a un acuerdo sobre el contenido de la liquidación o el concesionario no se presenta a suscribir el Acta de Liquidación dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, la misma será practicada directa y unilateralmente por la Corporación de Abastos de Bogotá S. A., Corabastos, y se expedirá mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición” (fl. 480 cdno. ppal.).

En el caso particular, añadió que si bien al momento de presentar la demanda el contrato no se encontraba liquidado, éste ya había terminado desde el 30 de junio de 2002 y el plazo para la liquidación estaba vigente, pues sólo habían transcurrido tres (3) meses desde la fecha de terminación, razón por la cual la administración no había perdido competencia para liquidar el contrato, de tal suerte que la administración lo liquidó dentro del término previsto en el artículo 136, numeral 10, literal d) del C. C. A..

Por otra parte, las convocantes eran conocedoras de esa situación, tanto así que solicitaron extender el plazo de la liquidación hasta el día 30 de octubre de 2002.

Así mismo, eran conocedoras de que la solicitud de pago, por concepto de garantías que otorgaba Corabastos dentro del contrato, dependía del balance final de la liquidación y de la existencia de los actos de liquidación unilateral, no obstante, se apresuraron a presentar la solicitud de convocatoria del tribunal, lo que se evidencia del contenido del recurso de reposición que presentaron las convocadas contra la Directiva de Gerencia No. 107 de 2002, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato, y porque en términos similares lo refieren las convocantes cuando atacaron el acto de liquidación, tanto en vía gubernativa como ante el juez de la legalidad del acto. Formuló las siguientes conclusiones:

Luego de referirse a todas las pretensiones, y a la solicitud de pruebas que se indicó en la demanda contencioso administrativa, concluyó que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, expedido oportunamente, decidió expresamente sobre las reclamaciones que le había presentado el concesionario, relacionadas con el aporte anual de garantía y de garantía de ingresos, siguiendo el mismo procedimiento y en los mismos términos que lo hizo Corabastos en los actos administrativos demandados, pues, en últimas, esas reclamaciones dependen de la tasa interna de retorno obtenida por el concesionario y, por ende, ligadas al balance de la liquidación final.

Por lo anterior, se declaró la falta de competencia material del tribunal arbitral para conocer el proceso, toda vez que los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato decidieron, con criterio de autoridad y oportunamente, sobre las peticiones que formularon en la solicitud de convocatoria, además de que están amparados por la presunción de legalidad.

También se refirió a la improcedencia de las pretensiones, dado que la convocante olvida que las garantías otorgadas por la Corporación, y sus consecuentes obligaciones de pago, derivan exclusivamente de la retribución esperada por el concesionario, esto es, de la Tasa Interna de Retorno (TIR) incorporada como retribución esperada en su propuesta “de tal manera que alcanzada la tasa interna de retorno se extingue la obligación” (fl. 496 cdno. ppal.).

Señaló que son dos los supuestos que le permiten afirmar que no hay obligación pendiente de pago, el primero, porque las garantías que fueron otorgadas al concesionario se circunscribían exclusivamente a alcanzar la TIR propuesta por éste y, el segundo, porque dicha tasa se obtuvo durante la ejecución del contrato.

Dentro de la explicación advirtió que la Corporación concedente otorgó al concesionario tres garantías distintas, a fin de asegurar, en su conjunto, la Tasa Interna de Retorno que había proyectado recibir desde la fecha en que presentó su propuesta económica, así:

El aporte anual de garantía -que es objeto de reclamación en el proceso-, para cubrir el eventual déficit entre los ingresos previstos y los ingresos necesarios para recuperar el valor invertido y la TIR prevista, el cual fue cedido a terceros por la Unión Temporal.

La garantía del recibo efectivo de los ingresos previstos en el flujo del concesionario -también objeto de reclamación en el proceso- para cubrir la ocupación de los locales y las obligaciones a cargo de los arrendatarios.

La garantía del equilibrio del presupuesto, para mantener la equivalencia en las prestaciones entre las partes y asegurarle al concesionario la TIR propuesta por él.

Lo anterior demuestra que el aporte anual de garantía y la garantía de recibo efectivo de los ingresos previstos en el flujo de caja del concesionario, ambas objeto del proceso arbitral, estaban ligadas de manera inescindible a la Tasa Interna de Retorno que había presentado el concesionario en su propuesta económica, para así asegurarle el retorno de la inversión con la rentabilidad esperada, establecida en el 29% nominal.

Frente al proceso arbitral que concluyó con el laudo del 12 de diciembre de 2001, Corabastos fue condenada a pagar sumas de dinero derivadas de la garantía de recibo efectivo de los ingresos previstos en el flujo de caja del concesionario. Es evidente que ello obedeció a que, para esa época, el contrato se encontraba en ejecución y en consecuencia no se había determinado la Tasa Interna de Retorno que había derivado de él, situación que difiere sustancialmente de la actual,

en la cual el contrato se encuentra finalizado y liquidado y, en consecuencia, la Tasa Interna de Retorno que obtuvo el concesionario está determinada de manera clara y precisa.

A su juicio, las obligaciones de garantía y pago se encuentran extinguidas, ya que el concesionario no sólo ha alcanzado, sino que además ha superado con creces la Tasa Interna de Retorno que había presentado en su propuesta económica y, en consecuencia, sus pretensiones no pueden prosperar. Explicó este tema en los siguientes términos:

Lo primero que advirtió es que la contabilidad de la Unión Temporal no podía ser valorada, porque no se ajustó a la ley ni a los principios de contabilidad, de conformidad con los artículos 70 numeral 3 y 73 del C. de Co., 271 del C. de P. C. y 2 del decreto 2649 de 1993, y lo afirmó de esa forma porque de las pruebas aportadas al proceso confirman que todos los expertos en las ciencias contables que se pronunciaron sobre el particular coinciden en manifestar que la contabilidad de la Unión Temporal ha sido llevada en forma irregular y, por ende, también carecen de mérito probatorio los dictámenes que se soportaron en esa contabilidad.

De lo anterior concluyó: “si lo que muestra el proceso es que para acreditar el monto de la mercancía el tribunal otorgó valor probatorio -por medio de dictámenes periciales, un documento y un testimonio- a unos libros indebidamente llevados, cuando lo cierto es que las probanzas mencionadas y, principalmente, las experticias, en últimas, se apoyaron en una contabilidad incompleta, no se remite a duda que el sentenciador incurrió en error de derecho al no percatarse que, frente a semejante irregularidad, la prueba resultaba convicta de ineficacia, al tenor del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil”.

En aplicación del artículo 70 numeral 3 del C. de Co., si los libros y papeles de uno de los comerciantes no están ajustados a la ley, se decidirá conforme a los de la contraparte, en este caso, se deben tener en cuenta los de Corabastos SA., con mayor razón si se tiene en cuenta que los peritos avalaron la contabilidad de aquélla.

En segundo lugar, hizo referencia a los actos de liquidación unilateral del contrato 047 de 1997, números 107 y 107A de 2002, ratificados en las Directivas 122 y 124 de esa misma anualidad, actos administrativos en firme, de obligatorio cumplimiento, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 66 del mismo Código, y están amparados por la presunción de legalidad.

De otra parte, advirtió que la expedición de los actos administrativos de liquidación fueron el resultado de un estudio juicioso, contratado con expertos externos, que analizaron imparcialmente los distintos conceptos que se requerían para obtener un balance final del contrato, necesario para determinar “quién le debe a quién y cuánto”, es decir, para realizar el corte de cuentas propio de una liquidación. De esos análisis se concluyó lo siguiente:

- Las Consideraciones Generales del Acto Administrativo de Liquidación Unilateral: La Directiva de Gerencia Corabastos No. 107 de 2002 se basa en un estudio financiero, económico, contable y jurídico contratado con expertos externos que reconocen al concesionario la inversión que realizó, por valor de \$7.016'540.161.00, más la rentabilidad esperada con base en la Tasa Interna de Retorno, aplicando los conceptos al “Flujo de Caja Realmente Ejecutado de la Concesión”. Dentro de estos parámetros, la liquidación unilateral del contrato determina la Tasa Interna de Retorno alcanzada durante la ejecución del contrato a partir de un flujo de caja real, que incluye ingresos reales, gastos reales y el componente de la inflación por un órgano estatal.

- El balance del contrato: se observa que en la ejecución del contrato, el concesionario obtuvo

una Tasa Interna de Retorno superior a la que proyectaba en su propuesta, vale decir, la rentabilidad obtenida supera, ostensiblemente, la esperada y, en consecuencia, no tiene derecho a reclamar de Corabastos el pago de garantías que aseguraban la Tasa Interna de Retorno. Por el contrario, es el concesionario quien debe restituir a Corabastos esos dineros, pues, en atención a la garantía de equilibrio del presupuesto, prevista en el parágrafo primero de la cláusula cuarta contractual, quien debe compensar el mayor aporte anual de garantía y pago de garantía de ingresos realizados por Corabastos, tal y como lo prescriben los actos de liquidación unilateral del contrato.

- Los ingresos de la concesión: Recordó que éstos provenían de los recaudos por concepto de arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular y de las garantías que otorgaba Corabastos a la obtención de la Tasa Interna de Retorno esperada por el concesionario. Adicionalmente la Corporación de Abastos de Bogotá realizó pagos que le correspondían al concesionario, que fueron registrados dentro de un rubro de “gastos realizados por Corabastos”, que se contabilizaba como ingreso y como egreso, atendiendo las directrices del laudo proferido el día 12 de diciembre de 2001.

Sobre los ingresos derivados de recaudos por arriendos, servicios y administración de la Bodega Popular, advirtió que el concesionario no facilitaba la información anterior al 31 de mayo de 2001, bajo el argumento de que ello obedecía a una decisión ya tomada en el laudo de diciembre 12 de 2001 y, a la vez, siguió procedimientos de recaudo que no permitían establecer, de manera confiable, el monto de las sumas recibidas por estos conceptos.

Por ello, para la expedición de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato se optó por acoger los ingresos establecidos en el dictamen pericial, rendido hasta el 31 de mayo de 2001, así como los reportados por el concesionario, con los ajustes provenientes de la auditoría realizada, para los ingresos del período comprendido entre el 1° de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002.

En relación con el aporte anual de garantía, los actos de liquidación unilateral del contrato dan cuenta del pago total de éste por compensación, es más, Corabastos inició el pago del aporte en el mes de septiembre de 1998, aún cuando la Bodega Popular no había sido entregada, es decir, el concesionario recibió el primer pago del aporte con anterioridad al desembolso de su inversión.

Queda claro, entonces, que el compromiso asumido por Corabastos fue cumplido oportunamente, hasta el mes de mayo de 2001, fecha a partir de la cual se suspende el pago que luego es compensado con los desembolsos que venía realizando Corabastos por otros conceptos.

Además, el aporte anual de garantía se había pactado para cubrir el déficit del flujo de caja inicialmente proyectado y, por ende, para pagar los gastos derivados de la operación, pero el concesionario lo cedió a terceras personas y, en consecuencia, nunca ingresó al fideicomiso ni a la contabilidad del contrato.

Se refirió a la garantía de ingresos del concesionario, a los pagos que realizó Corabastos y a los que estaban a cargo del Concesionario, a los gastos de la concesión, para lo cual se tomaron como tales los discriminados en el dictamen elaborado hasta el día 31 de mayo de 2001. En este punto se eliminaron las cuentas del impuesto sobre la renta, los costos financieros, las comisiones de la fiduciaria, el Impuesto de Industria y Comercio ICA y la dotación, y no se consideraron otros gastos reclamados por el concesionario, por concepto de pago de honorarios a

abogados, por cuanto se consideró que no le pertenecían a la concesión.

Respecto a los gastos incorporados en el concepto de imprevistos, algunos fueron reubicados y otros rechazados, atendiendo lo manifestado en la auditoría que soporta los actos administrativos de liquidación unilateral, así:

El único imprevisto real, producto de una situación que afecta el contrato, es el que se contabilizó en la cuenta No. 28160626, Árbitros Cámara de Comercio, por valor de \$220'000.000. Sin embargo, no debe ser tenido en cuenta en el Flujo de Caja de la liquidación, puesto que esta partida equivale al cincuenta por ciento que le correspondió como pago a la UT por el arbitramento al que se sometió el contrato en su momento. Si se le incluyera en el flujo de caja se estaría castigando a CORABASTOS con el 100% de un gasto que correspondió por partes iguales.

En cuanto a los gastos por cuenta de terceros imprevistos, considera que deben ser reclasificados a la cuenta de gastos administrativos en Pérdidas y Ganancias, como papelería, transporte, gastos financieros, cuentas por pagar, honorarios, según corresponda, y afectar solo el período en que se incurre.

Los impuestos de IVA y predial, que ya están contabilizados en la cuenta 24, Impuestos y gravámenes y Tasas, la provisión de esta partida es una cuenta de gasto no de imprevistos, y debe ser afectada por el total que se calcula será el pago; los imprevistos por el impuesto de Renta y de Industria y Comercio no deben ser aceptados por no estar obligados a tales impuestos; el supuesto imprevisto por concepto de sanciones por valor de \$603.826.100 y contingencia por valor de \$1.800'000.000 que son mostrados con signo contrario o negativo, aparte de mal contabilizados, son el reflejo de una supuesta mala administración y debe corresponder a una cuenta de sanciones y contingencias a cargo de la UT, pero no como un imprevisto. A corte de junio de 2002 hay un saldo en cuenta de imprevistos provisión de IVA, por valor de \$104.000.000. Este impuesto se causa, se calcula y se paga bimensualmente y no puede ser un imprevisto.

En general, dice que los montos clasificados como imprevistos son gastos normales, y su tratamiento contable debe ser manejado como lo que es, un gasto.

Aunque el concesionario argumentó que tiene cuantiosas cuentas por pagar al finalizar la concesión, lo cierto es que ninguna de ellas se encuentra acreditada, ya que carecen de soporte contable que justifique su reconocimiento, tal como lo advierte el dictamen pericial que fue rendido por la señora perito Ana Matilde Cepeda.

Por lo demás, aún si llegare a resultar cierto que el concesionario ha dejado cuentas por pagar al final de la concesión, habría que indicar que ello sería el resultado de la lamentable conducta del mismo, ya que está plenamente comprobado dentro del proceso que el flujo de caja real siempre fue positivo, es decir, siempre contó con recursos para atender sus pasivos, y, en consecuencia, la única explicación que cabría a tales cuentas derivaría del hecho de que el propio concesionario haya negociado anticipadamente y cedido a terceros el aporte anual de garantía que le entregó Corabastos para atender el déficit presupuestado en el flujo de caja.

De otro lado, la liquidación unilateral reconoce al concesionario la rentabilidad que esperaba obtener, de conformidad con lo que había proyectado en su propuesta económica, vale decir, le reconoce la rentabilidad real esperada, descontando, para estos efectos, y como es obvio, el componente inflacionario que preveía en el flujo, pero que, finalmente, no se dio en la realidad,

ya que, como se ha advertido con anterioridad, el concesionario había calculado su Tasa Interna de Retorno en valores nominales y por lo tanto una parte de la rentabilidad se encontraba representada en la inflación.

Atendiendo, entonces, la totalidad de los presupuestos indicados, los resultados finales indican que, en efecto, el concesionario, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, obtuvo una rentabilidad superior a la que esperaba cuando presentó su propuesta, tal y como se detalla en el balance final de la liquidación, en la cual se observa que el concesionario obtuvo un superávit de mil seiscientos cincuenta y cinco millones setecientos mil pesos (\$1.655'700.000), suma adicional a la rentabilidad esperada en su propuesta económica, y por lo tanto superó la Tasa Interna de Retorno proyectada.

En consideración, el concesionario no tiene derecho a reclamar de Corabastos el pago por concepto de garantías que la Corporación le había otorgado, precisamente para que se asegurara la Tasa Interna de Retorno que esperaba obtener desde su propuesta, tal y como consta en la contabilidad de la Corporación, que constituye plena prueba en los términos de los artículos 68, 70 numeral 3 y 73 del Código de Comercio, y como se confirmó en el dictamen pericial.

2.2. Las sociedades convocantes Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cia. Ltda. Criticaron las censuras hechas por Corabastos, en los siguientes términos:

El recurrente invoca como fundamento del recurso las causales señaladas por los numerales 1 y 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y por los numerales 4 y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las cuales se analizan a continuación.

2.2.1. Sobre la causal 1ª -nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita-, considera que es improcedente, por cuanto la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido reiterada y uniforme en señalar, y así lo reconoce el recurrente, que las causales de anulación contempladas por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 son taxativas y, por lo tanto, son las únicas que pueden servir de fundamento a la anulación de un laudo arbitral originado en un contrato estatal, mientras que la causal invocada no es de aquellas que se encuentran enumeradas en el citado Artículo 72, por lo tanto, por este aspecto debe rechazarse.

En el caso concreto no se cumplen, dos de los requisitos necesarios para que se declare oficiosamente la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria:

- La oportunidad para hacerlo expiró el 25 de septiembre de 2002, o sea, al vencimiento de cinco (5) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión que la contiene. Aclaró que la tesis de que da cuenta la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 6 de julio de 2005 -exp. 12249-, según la cual la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no caduca porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, carece de todo sustento legal, pues no existe disposición alguna que establezca tal excepción al campo de aplicación de la caducidad.

Al proceso arbitral no fueron vinculadas las sociedades integrantes de la Unión Temporal A. Muñoz, que celebraron el Contrato de Concesión con la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. "Corabastos".

El tema de la supuesta nulidad de la cláusula compromisoria fue presentado por el recurrente al Tribunal de Arbitramento, y éste se ocupó de su análisis en los autos proferidos los días 24 de febrero y 10 de marzo de 2004, providencias en las cuales se descartó la citada nulidad.

A lo anterior agrega que si bien es cierto el procedimiento que se acordó, en la cláusula vigésima del contrato, para nombrar los dos (2) árbitros cuya designación correspondía a las partes no está permitida, lo es igualmente que dicha irregularidad no implica la nulidad del pacto arbitral, es decir, no vicia la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento.

Para la validez de la cláusula compromisoria basta cumplir los requisitos que establece el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, o, por la época en que se celebró el Contrato No. 047-97, los exigidos por el artículo 3 del Decreto 2279 de 1989.

En otras palabras, lo que la Ley exige para la existencia y validez de una cláusula compromisoria es que las partes, por escrito, manifiesten, expresamente, su intención de someter la decisión de sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento. No existe norma que disponga que en la cláusula compromisoria las partes deban indicar cómo se nombrarán los árbitros, tema accesorio sobre el cual la Ley establece disposiciones para los distintos eventos que puedan presentarse -artículos 70 de la Ley 80 de 1993 y 129 del Decreto 1818 de 1998-.

En este caso, uno de los árbitros fue nombrado por la Cámara de Comercio, y los dos restantes por el Juzgado 4 Civil del Circuito, debido a la falta de acuerdo sobre el particular, como consta en el Acta de la reunión de designación de árbitros. No sobra recordar que el nombramiento efectuado por parte del Juzgado 4, se realizó en cumplimiento de lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, en sentencia C-1038 del 2002, según la cual, cuando se haya pactado una cláusula compromisoria y las partes no nombren los respectivos árbitros, su designación deberá realizarla el Juez Civil del Circuito de las listas de árbitros del respectivo Centro de Arbitraje, a través de un trámite breve y sumario. Es claro, entonces, que la supuesta nulidad del pacto arbitral no existe.

2.2.2. Sobre la causal 2ª -No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en legal forma-, dijo que tampoco está contemplada en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, y que como lo ha sostenido el Consejo de Estado, tiene carácter taxativo y, por lo tanto, deberá rechazarse de plano.

Afirmó que se cuestiona si la solicitud de nombramiento de árbitros, por una de las partes de un contrato estatal, puede realmente considerarse como una actuación de carácter contencioso administrativo. La única norma que eventualmente podría invocarse para sustentar la tesis que se examina sería el inciso primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa, la competencia para conocer de las controversias originadas en contratos estatales.

El tema de la competencia para designar los árbitros, a falta de acuerdo entre las partes, está regulado por el artículo 129 del Decreto 1818 de 1998, que atribuye dicha facultad al respectivo Centro de Arbitraje, y con anterioridad estaba reglamentado por el artículo 9 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 101 de la Ley 23 de 1991, que otorgaba dicha competencia al Juez Civil del Circuito, lo cual indica que el tema nunca ha sido de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con fundamento en los artículos 12 y 16 numeral 9 del Código de Procedimiento Civil, que atribuyen al Juez Civil del Circuito la competencia para conocer de todo asunto que no esté asignado por la Ley a otras jurisdicciones, la H. Corte Constitucional decidió, en la sentencia C-1038 de 2002, sin hacer salvedad alguna, que en aquellos casos en que no hubiera acuerdo entre

las partes, y no se hubiere delegado expresamente la facultad en el Centro de Arbitraje, la designación correspondería al Juez Civil del respectivo circuito.

En el caso concreto, y en cumplimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional, se presentó, por parte de las convocantes, la respectiva solicitud de nombramiento de árbitros, la cual fue repartida al Juzgado Cuarto (4°) Civil de este Circuito, despacho que previa citación de Corabastos designó a los doctores Jaime Cabrera Bedoya y Roberto Aguilar Díaz como árbitros dentro del presente asunto.

La entidad convocada, no obstante haber sido citada a la audiencia en que se nombraron los árbitros, no concurrió a la misma, dejando pasar la oportunidad que la Ley le confería para debatir la competencia del Juzgado Civil de este Circuito.

2.2.3. Sobre la casual 4ª del artículo 72 de la ley 80 de 1993 -Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los arbitros-, dijo que para que un fallo pueda calificarse de incongruente por “extra petita”, es requisito indispensable que el mismo contenga una decisión y, por ello, la incongruencia debe determinarse necesariamente en la parte resolutive de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto.

En el caso concreto nos encontramos frente a un fallo inhibitorio que, por su propia naturaleza, no contiene decisión alguna, circunstancia que por sí sola es suficiente para despachar negativamente la causal invocada, pues no existe decisión alguna que pueda recaer sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

2.2.4. Sobre la casual 5ª del artículo 72 de la ley 80 de 1993 -No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento- dijo que el fallo “mínima petita” que es el que configura la causal de anulación que ahora nos ocupa, se presenta cuando el laudo no decide sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas. El recurrente considera que se incurrió en la causal que se examina porque, en su sentir, en vez de proferir laudo inhibitorio el Tribunal debió proferir providencia en la cual declarara su falta de jurisdicción y, como consecuencia de ella, la nulidad de todo lo actuado.

Como se observa, la supuesta irregularidad que el recurrente le imputa al laudo no es, como debía ser, la de omitir la decisión sobre una o varias pretensiones y/o excepciones, sino haber incurrido en un error “in judicando”, pues, en su opinión, de conformidad con las normas pertinentes frente a la pretendida falta de jurisdicción, lo procedente no era dictar laudo inhibitorio, sino decretar la nulidad de todo lo actuado. De ser cierto que el Tribunal se equivocó, en la forma planteada por el recurrente, dicho error no daría lugar a la anulación del laudo, pues los errores sobre cuestiones de mérito o “in judicando” están excluidos de este recurso extraordinario.

En relación con la petición de que se declare la nulidad de todo lo actuado, pretende el recurrente que, en el evento ya descartado de que se anule el laudo, con fundamento en las causales invocadas por “Corabastos”, proceda el Consejo a declarar la nulidad de todo lo actuado por una supuesta falta de jurisdicción, porque el Tribunal no es competente para conocer y resolver la controversia sometida a su consideración, pues dicha competencia se radicó en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de la expedición, por parte de Corabastos, del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de concesión No. 047 de 1997.

2.3. Ministerio Público. Consideró que el recurso de anulación no debe prosperar, con fundamento en las siguientes razones:

2.3.1. Arbitramento y recurso de anulación: Señaló que la interposición del recurso de anulación no desata una segunda instancia respecto del proceso arbitral, especialmente porque el juez del recurso de anulación no es el superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento, y porque, generalmente, no puede revisar el fondo del litigio. La legislación colombiana, tratándose del recurso de anulación, consagra dos sistemas de causales; uno general, contenido en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998, y otro previsto en el art. 72 de la Ley 80 de 1993, recogido en el art. 230 del Decreto 1818 de 1998, aplicable en este caso, en razón del objeto o materia de la controversia.

Las causales contempladas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 son las únicas en las que se puede sustentar el recurso de anulación, cuando se trate de contratos estatales. Sin embargo, la nulidad absoluta del pacto arbitral si bien para estos casos no está contemplada como causal de anulación del laudo, como si lo hace el régimen general -art. 163.1 del decreto 1818 de 1998-, se debe señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido, de manera reiterada, que su declaratoria de oficio es una facultad y un deber del juez.

2.3.2. La demanda arbitral y la liquidación del Contrato 047 de 1997. Luego de hacer un recuento del trámite adelantado ante el tribunal de arbitramento, afirmó que una vez se notificó el auto admisorio de la solicitud de convocatoria, la convocada allegó al expediente una serie de documentos que resultan definitivos en la decisión del proceso arbitral, toda vez que, indefectiblemente, en criterio del Ministerio Público, debían llevar a no asumir el conocimiento de las controversias objeto de la solicitud.

En efecto, aparece probado que aunque la demanda arbitral se radicó el 1 de octubre de 2002, para la fecha no se había surtido el trámite previsto en la cláusula vigésima tercera del contrato 047, ni el consagrado en el art. 60 de la ley 80 de 1993, lo que hace concluir que se trató de una demanda anticipada. Pero, aún más, se acreditó que el contrato 047 ya fue objeto de liquidación unilateral, por lo cual, de manera alguna podía asumir el conocimiento y dar curso al trámite arbitral, por cuanto la materia que se puso en conocimiento del tribunal fue definida por la convocada, a través de actos administrativos, cuyo control de legalidad es exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este sentido, no sería viable resolver las pretensiones de la demanda, por cuanto ello significaría pronunciarse, tácitamente, sobre el acto de liquidación unilateral, como quiera que este fue el cruce final de cuentas de las obligaciones derivadas del contrato 047-97.

Luego de relacionar algunas de las pruebas obrantes al proceso, señaló que las mismas permiten concluir que el Tribunal de Arbitramento carecía de jurisdicción para conocer y decidir las controversias puestas a su conocimiento, por cuanto, se reitera, la demanda arbitral buscó la declaratoria de incumplimiento por parte de la convocada y el reconocimiento de unas sumas, como saldo insoluto de dos conceptos: Flujo de caja y Aporte de Garantía, derivadas del contrato de concesión, que a la fecha de instaurar la acción ya había terminado y que dentro del plazo previsto fue liquidado unilateralmente por la contratante CORABASTOS.

En la cláusula 23, las partes acordaron un procedimiento para la liquidación del contrato. Éste terminó el 30 de junio de 2002, día a partir del cual se contaban 3 meses para que se buscara un consenso sobre la liquidación. Si no se llegaba a un acuerdo, o el CONCESIONARIO no se presentaba a suscribir el Acta, dentro de los 30 días calendario siguientes al recibo de la misma, o no presentaba las pólizas de garantía correspondientes, Corabastos haría la liquidación, directa

y unilateralmente. Es decir, los meses de julio, agosto y septiembre se destinarían a buscar la liquidación de común acuerdo; si no se lograba, en el mes siguiente, es decir, octubre de 2002, Corabastos lo liquidaría unilateralmente.

A pesar del acuerdo contenido en el contrato, la Unión Temporal convocó el tribunal de arbitramento, el 1° de octubre de 2002 -antes del término legal contenido en el art., 136 numeral 10 literal d) del C.C.A. Sin embargo, CORABASTOS procedió a liquidar el contrato de concesión en octubre 30 de 2002, es decir, dentro del mes siguiente al plazo señalado para etapa de consenso.

Así las cosas, al liquidar el contrato y hacer un cruce final de cuentas, no era factible avocar la competencia ni tramitar el proceso arbitral, pues la única vía para reclamar, debatir y oponerse a lo decidido en las Directivas de Gerencia 107 y 107 A de 2002, una vez agotada la vía gubernativa, no era otra que acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que se decidiera sobre la legalidad de los actos y, por contera, si había o no saldos o acreencias a favor del contratista.

## V. CONSIDERACIONES

En atención a los argumentos expuestos por las partes, y a la normatividad aplicable al caso, el examen del asunto será abordado por la Sala, a partir de los siguientes aspectos: 1) Cuestión previa de procedibilidad, 2) la competencia del Consejo de Estado sobre el recurso de anulación contra laudos arbitrales inhibitorios; 3) el régimen legal de las causales del recurso de anulación; y 4) las causales invocadas.

### 1) Cuestión previa de procedibilidad.

Es necesario precisar que aunque en oportunidad anterior la Sala conoció de un recurso de anulación interpuesto por las mismas partes de este proceso, contra el laudo arbitral de 12 de diciembre de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias derivadas del mismo contrato de concesión; en este caso se conoce del recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido el 13 de enero de 2006 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre las mismas partes, con ocasión del mismo contrato de concesión, pero las pretensiones de la demanda que dieron lugar al presente procedimiento son diferente.

Si bien en la demanda arbitral, presentada el 13 de abril de 2000, se solicitó el pago del saldo insoluto de las sumas que de acuerdo con el "Flujo de Caja" contractual debía recibir el Concesionario, por concepto de arriendos, servicios, administración de la Bodega Popular, se debe tener en cuenta que el Tribunal de Arbitramento ordenó el pago de dichos conceptos entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de mayo de 2000

"; mientras que en la demanda arbitral fallada el 13 de enero de 2006 se pretendía el pago del saldo insoluto de dichas sumas durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2001 y el 30 de junio de 2002, de modo que es clara la diferencia entre ambos procesos y por tal razón es posible, desde este punto de vista, abordar el estudio de las causales invocadas por el recurrente.

### 2. La competencia del Consejo de Estado sobre el recurso de anulación contra laudos arbitrales inhibitorios.

El Consejo de Estado, actualmente, tiene asignada la competencia para conocer del recurso de

anulación contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales conforme con las previsiones del artículo 162 del decreto 1818 de 1998, en armonía con los artículos 72 de la ley 80 de 1993 y 128.5 del Código Contencioso Administrativo.

Además, hace pocos meses el legislador expidió la ley 1.107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Prescribe esta norma, resaltando en negrillas los aspectos modificados, que:

Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

Esta ley dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo concepto, el criterio que define a los sujetos objeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico” no el “material”, es decir, que ya no es necesario determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, o si se rige por el derecho administrativo o por el privado, sino si es estatal o no.

De este modo, el legislador adoptó una solución clara. Asignó, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde sean parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas. Este análisis también le aplica al conocimiento del recurso de anulación de laudos arbitrales, donde son parte las entidades pública, incluidas las sociedades de economía mixta que, como Corabastos, tengan más del 50% de participación estatal.

En el asunto que se analiza, el objeto del contrato 047 de 1997, origen de la controversia, fue “realizar por el sistema de concesión, bajo su propio riesgo, la revisión de los estudios y diseños entregados por Corabastos para la bodega, denominada “Bodega Popular”; elaboración de los diseños definitivos, su construcción, explotación, conservación, suministro de equipos, operación técnica y administrativa; elaboración de los estudios y diseños definitivos y construcción de la vía semiperimetral de tráfico de la bodega y estudio, diseño y construcción del sistema de alcantarillado de la Bodega, que se conectará con el colector matriz del sector, de acuerdo con el Plan Maestro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., por el sistema de precio global y plazo fijo para diseño y construcción...” (fls. 73 y 74 cdno. pbas.

No. 3).

Este contrato se suscribió entre la Unión Temporal A. Muñoz -constituida por las sociedades Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. y Alfredo Muñoz Construcciones S.A.- con la Corporación de Abastos de Bogotá SA. "Corabastos", sociedad de economía mixta del orden, nacional vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentra el arbitramento, en el cual las partes de un contrato -en este caso estatal- sustraen del juez natural -contencioso administrativo- el conocimiento del asunto, para asignarlo a particulares, investidos temporalmente de jurisdicción, con el único fin de dirimir esa controversia, y cuya razón de ser tiene fundamento constitucional, porque el artículo 116 dice que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de... árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho..., en los términos que determine la ley".

La decisión arbitral en materia contractual es impugnabile sólo a través del recurso de anulación, cuya finalidad es controvertir algunos errores de procedimiento en que haya incurrido el Tribunal de Arbitramento.

Precisamente, uno de los problemas que ha discutido la doctrina gira alrededor de la consecuencia que se sigue en aquellos casos en que, de prosperar alguna de las causales de incongruencia previstas en la ley, el juez del recurso debe pronunciarse sobre el fondo de la decisión arbitral. En estos casos, se asume una competencia in iudicando, pero restringida, en tanto se podrán valorar aspectos jurídicos de fondo, pero dentro de los estrictos límites de la decisión adoptada por los árbitros, razón por la cual, cuando la decisión recae sobre puntos no sujetos a su decisión, o se concede más de lo pedido, el juez del recurso puede anular la parte respectiva.

No obstante lo anterior, estima la Sala que si se omite decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento, deberá proceder a adicionar el laudo o a llenar los vacíos dejados por la decisión; pero nunca a sustituir o reemplazar, en bloque, la decisión "... ya que el arbitraje por naturaleza no puede tener dos instancias porque sería necesario convocar otro Tribunal de Arbitramento para prever el proceso fallado por un Tribunal anterior, lo que contraría la institución ( )".

Así lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto bajo la normatividad ya derogada, como en vigencia de la ley 80 de 1993 y del decreto compilador 1818 de 1998. En efecto, en sentencia de 15 de mayo de 199

, bajo las previsiones del derogado artículo 672 del C. de P. C. se dijo:

"... A través de los cargos que se formulen contra el laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P. C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2.279 de 1989, ha de pretenderse la infirmación del laudo (*iudicium rescinuens*), sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (*iudicium rescisorium*), como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota Morales Molina la causal 9a del derogado art. 672 del C. de P. C., hoy causales de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2.279 de 1989, en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento (crf. Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse

próspera una de las causales la 1ª a 6a., se debería decretar 'la nulidad de lo actuado'; en tanto que sí se encontrase fundada una de las causales 7a a 9a., ambas inclusive, 'se corregirá o adicionará' el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2.279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que 'cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará'.

En época más reciente, mediante la sentencia de 28 de noviembre de 200

, bajo la normatividad actualmente vigente, se formularon similares planteamientos:

“La Sala considera necesario aclarar que con la formulación del cargo que se estudia, que se funda en la causal prevista en el artículo 72, numeral 5, de la ley 80 de 1993, el recurrente pretende en realidad, que el Consejo de Estado aborde la revisión total del laudo, para efectos de obtener su anulación, lo cual resulta, a todas luces, improcedente, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por el 129 de la ley 446 de 1998, la prosperidad de la causal citada (que corresponde a la prevista en el numeral 9º del artículo 38 del mismo decreto), sólo permite al juez del recurso adicionar la decisión arbitral. La anulación del laudo puede declararse, únicamente cuando prosperen las causales previstas en los numerales 1º y 2º del citado artículo 72 (que corresponden a las de los numerales 4º y 6º del artículo 38 del decreto 2279 de 1989).

Resulta necesario reiterar lo expuesto por esta Sala, en varias oportunidades, respecto de los límites del Consejo de Estado en la resolución del recurso de anulación, que resultan de la naturaleza especial del mismo, en cuanto no da lugar al trámite de una nueva instancia dentro del proceso arbitral. Las causales previstas en la ley, por ello, están dirigidas a corregir errores in procedendo y, sólo excepcionalmente, errores in iudicando. No hay, entonces, en principio, posibilidad de realizar un nuevo debate probatorio, que permita modificar las conclusiones obtenidas por los árbitros en el laudo respectivo, razón por la cual el juez del recurso no está facultado para sustituir la decisión arbitral, salvo cuando se trata de las causales previstas en los numerales 3 a 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 (correspondientes a las consagradas en los numerales 7 a 9 del artículo 38 del decreto 2279 de 1989), caso en el cual la decisión no se anula sino que se corrige o adiciona. Y ello porque la anulación no puede dar lugar al desconocimiento de la voluntad de las partes de sustraer el conocimiento del litigio de la jurisdicción. Y debe anotarse que la facultad de corregir o adicionar sólo puede tener por objeto subsanar los errores aritméticos o las contradicciones contenidas en la parte resolutive (causal tercera), eliminar las decisiones extra o plus petita (causal cuarta) y decidir la cuestión que habiendo estado sujeta al arbitramento, no fue resuelta por los árbitros (causal quinta) para lo cual puede ser necesario estudiar aspectos de fondo, y aún de carácter probatorio, pero sólo en cuanto, con ello, no se modifiquen las decisiones del laudo que no resulten contradictorias o violatorias del principio de congruencia”.

En la sentencia de 1º de agosto de 200, por medio de la cual se decidió el recurso de anulación contra la decisión arbitral en el caso de Termorío SA. ESP. contra la Electrificadora del Atlántico SA. ESP., la Sala negó el análisis in iudicando frente a la decisión arbitral, por parte del juez extraordinario, en los términos que a continuación se transcriben:

“4.2 El alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales frente al pronunciamiento del Tribunal Arbitral

Como bien se sabe, desde el punto de vista sustancial, el proceso arbitral es de única instancia, por cuanto el laudo que pone fin al proceso no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario distinto al de anulación que consagran, por vía general, el artículo 37 y 38 del decreto 2279 de 1989, y en tratándose de contratos estatales, sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 72 de la ley 80 de 1993, compilados en los artículos 161, 163 y 230 del decreto 1818 de 1998.

De tal manera que, ante el eventual desacierto o equivocación de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, ya por interpretación errónea, o por indebida aplicación, ó por falta o indebida valoración probatoria, el ordenamiento jurídico no prevé ningún otro mecanismo de defensa judicial de esa naturaleza; acaso y por esa misma circunstancia, dado que los laudos arbitrales comportan la naturaleza de decisiones judiciales, podría ser procedente la acción de tutela, bajo el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 86 constitucional y el decreto-ley 2591 de 1991, y la interpretación que de esa normatividad ha hecho la jurisprudencia constitucional, en especial, que se trate de una vía de hecho que viole o amenace un derecho constitucional fundamental, como ya lo ha puesto de presente la Sala en oportunidades anteriore

.

En otros términos, salvo la posibilidad de procedencia de la acción de tutela, frente a los errores in judicando en que puedan incurrir los árbitros, no existe posibilidad de revisión del fondo o mérito del asunto sometido a decisión de aquellos, por cuanto el recurso de anulación está dirigido a atacar los denominados errores in procedendo de la actuación del Tribunal Arbitral.

Por manera que el recurso de anulación de laudos arbitrales, tanto el que se surte en la jurisdicción ordinaria, como el de competencia de esta jurisdicción especializada, no constituye ni desata el trámite de una segunda instancia, toda vez que, las causales que legalmente sirven de fundamento para su interposición versan sobre hechos relativos a defectos o irregularidades en la tramitación del proceso, con la sola excepción de la causal del numeral 1 del artículo 38 del decreto 2279 de 1989 que, en principio, tiene por contenido vicios o defectos del pacto arbitral mismo, pero que, como se ha precisado, afecta de modo directo y necesario un aspecto vital de orden procesal, como lo es la competencia del juez arbitral, aspecto éste sobre el cual, la doctrina expresa lo siguiente:

“Todas las causales del recurso de anulación están estructuradas bajo el supuesto de fallos cometidos en la tramitación del proceso o errores procedimentales. Incluso la causal primera que trata sobre la nulidad absoluta del pacto arbitral, la cual, en principio, se determina con base en normas sustantivas contractuales, es un asunto que de manera directa e inmediata califica y determina la competencia misma del tribunal, lo que debió resolverse en lo posible, en la primera audiencia de trámite. Siendo pues la competencia un asunto de estirpe procesal, bien puede afirmarse que esta causal primera tiene también sustento en fallas 'in procedendo'.

Ahora bien, en cuanto al alcance del recurso, su fisonomía y diferencia con otros medios de impugnación de las decisiones judiciales, en forma reiterada la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido:

“Dicho de otro modo, el juez del recurso de anulación no es el superior jerárquico del tribunal de arbitramento que profirió el laudo y por regla general no puede revisar el fondo del litigio, tal

como lo ha sostenido la Sala en varias de sus providencias. Adicionalmente también ha reiterado que el recurso de anulación de un laudo ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y no por errores in iudicando, lo cual significa, en principio, que no puede impugnarse el laudo en sus aspectos de mérito o de fondo. Lo anterior porque el recurso de anulación procede contra laudos arbitrales ejecutoriados, lo cual implica una excepción legal al principio de la intangibilidad de la decisión cobijada con la fuerza de cosa juzgada”

Para precisar este aspecto e insistir en la diferencia que existe entre lo que es materia de impugnación por la vía del recurso de apelación y lo que es por la vía del recurso de anulación, único recurso posible para revisar el laudo arbitral (con la salvedad hecha del recurso extraordinario de revisión), tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.

Y por error in iudicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir “en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo”, cuya consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia

Esta diferencia resulta importante por la trascendencia que la Sala le ha dado al límite de sus funciones frente a la revisión jurisdiccional del laudo arbitral, en virtud del cual los agravios que haya podido causar al recurrente la decisión de los árbitros, escapan al examen del juez si no encuadran estrictamente en alguna de las causales que el legislador ha estructurado para hacer viable su impugnación.

Estas mismas consideraciones son válidas para el estudio del recurso de anulación contra los laudos arbitrales que dirimen conflictos relacionados con los contratos estatales, cuya competencia está adscrita privativamente al Consejo de Estado, órgano superior de la justicia contencioso administrativa y con base en las normas especiales que regulan la materia, concretamente la ley 80 de 1993, cuyas previsiones fueron recogidas en los artículos 226 y siguientes del decreto 1818 de 1998.

(subrayado del texto - se adicionan negrillas).

Lo anterior, por supuesto -como ya fue explicado-, no obsta para que el juez del recurso pueda y deba hacer uso de la facultad oficiosa que el ordenamiento jurídico le otorga, para declarar la nulidad absoluta que por objeto o causa ilícita afecte el contrato contentivo del pacto arbitral, bien sea que se trate de cláusula compromisoria o de compromiso...”. (Subrayas y negrillas en el texto original).

En esta oportunidad, la Sala agrega que tratándose de una sentencia inhibitoria total, la función del juez del recurso extraordinario de anulación se ve desnaturalizada en tanto no hay nada que corregir, subsanar o adicionar de la parte respectiva, sino que se trataría de sustituir o reemplazar, completamente, la decisión arbitral, emergiendo el juez extraordinario como juez de instancia, en franca oposición al querer estipulado por las partes de sustraer de la jurisdicción el conocimiento

del litigio.

Esa limitación frente a la sentencia inhibitoria tampoco ha sido desconocida para la jurisdicción ordinaria, como se evidencia claramente en el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, en sentencia de 16 de julio de 200

, en la cual se declaró impróspera la censura que por incongruencia formularan las recurrentes contra la sentencia inhibitoria.

“En este cargo se acusa la sentencia del Tribunal de no estar en 'consonancia con los hechos expuestos en la demanda como constitutivos de la causa petendi', toda vez que leído y analizado el libelo introductor del proceso se evidencia que lo 'verdaderamente querido por las demandantes', no es otra cosa que la reivindicación de los predios respecto de los cuales acreditaron ser sus legítimas propietarias, pero nunca la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, por la potísima razón de ser ellas sus propietarias inscritas, verdaderas titulares del dominio, de ahí que no estaban obligadas a solicitar una declaración en ese sentido, intrascendente por lo demás.

## CONSIDERACIONES

Aun cuando la sentencia recurrida en casación confirmó en todas sus partes la de primer grado, mediante la cual se declaró fundada la excepción de indebida acumulación de acciones y, consecuentemente, se negaron las pretensiones de la demanda, no queda duda que el objeto jurídico del proceso no fue decidido en el fondo.

Prueba de ello la ofrece el mismo Tribunal al decir, luego de defender la legalidad del fallo apelado, que 'el juzgado no estaba obligado a verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción reivindicatoria', pues al prosperar la excepción de indebida acumulación de acciones, 'quedaba relevado de tal obligación'. De otro lado, tampoco examinó los requisitos materiales de la supuesta solicitud de declaración de pertenencia, ni mucho menos los atinentes a la cancelación o nulidad parcial de unas escrituras públicas.

La forma como fue concebida la sentencia impugnada muestra que el Tribunal cuestionó bajo la llamada excepción de 'indebida acumulación de acciones', la aptitud de la demanda, por cuanto se insertaron una serie de pretensiones que no podían acumularse en los términos del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, al punto que el mismo Tribunal expresó que para saber si efectivamente se estaba frente a esa excepción, resultaba imperioso 'mirar una por una las pretensiones incoadas por el actor'. De manera que el ad-quem no profirió un fallo de mérito, sino uno meramente inhibitorio, frente a la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, pues aunque confusamente habló de acciones y pretensiones, lo cierto es que lo que al fin de cuentas verificó fue una indebida acumulación de las últimas, que vedó el análisis de mérito.

Luego, si los hechos y las pretensiones de la demanda no fueron examinados por el Tribunal, en cuanto a su mérito, ni siquiera parcialmente, la misma abstención descarta el que se haya podido incurrir en el vicio de procedimiento que se imputa, pues, como lo reiteró la Corte en sentencias de 21 de julio de 199 y 13 de junio de 200

, cuando la 'sentencia es de índole inhibitoria, ineficaz es el reparo que por incongruencia se formula contra ella, porque el fallo de dicho contenido decide solamente que en el proceso no concurren los elementos adecuados para la solución fundamental del litigio y, por eso, es improcedente en tal caso afirmar que hubo inconsonancia, cuestión que supone avocar y definir

el mérito de la controversia (G. J. CXLII, pág. 110)'.

Por consiguiente, el cargo no está llamado a abrirse paso..." (Negrillas adicionales).

La doctrina tampoco ha sido ajena a los estrictos límites con los que el juez del recurso extraordinario debe asumir el análisis de la decisión judicial, la cual fue traída a colación, por parte del Consejo de Estado, para decidir un recurso de anulación contra un laudo arbitral:

“La valoración jurídica del caso se hará teniendo en cuenta que se está frente a un recurso denominado por algunos tratadistas de 'relación', que presenta las siguientes características: (...) 2ª) A través de él no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo '...es decir, si hubo o no errores in iudicando diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas', como lo enseña el procesalista doctor Hernando Devis Echandía, quien además agrega: '...a diferencia del de casación, no es posible atacar la sentencia por errores en la aplicación la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación e interpretación errónea), como por consecuencia indirecta de errores en la apreciación de éstas' por lo cual concluye que es más restringido aún que el primero (Compendio de derecho procesal. t. III. El proceso civil, vol. II, parte especial, 6ª ed., Bogotá, Edit. Colinter, 1985, pág. 832). 3ª) La filosofía jurídica anterior explica bien que la cuestión de mérito no puede tener sino una instancia. 'Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera dependa del acto compromisorio' (Hernando Morales Molina. Artículo publicado en Derecho colombiano, junio de 1977).

### 3. El régimen legal de las causales del recurso de anulación

El contrato de concesión objeto de este proceso, celebrado en 1997, fue suscrito entre la Unión Temporal A. Muñoz y una sociedad de economía mixta del orden nacional.

Para tal efecto, se tendrá en cuenta que a las sociedades de economía mixta, para la época de la suscripción del contrato, las regía el decreto ley 3130 de 196

, y para el momento de la presentación de la demanda arbitral se encontraba vigente la ley 489 de 1998, regulación que debe tenerse en cuenta, porque se trata del ejercicio procesal del derecho de postulación para demandar arbitralmente.

La ley 489 de 1998 preceptúa que las sociedades de economía mixta son entes que integran la rama ejecutiva del poder público, por tanto forman parte de la estructura y organización de la administración pública -art. 38, lit. f- y aclara que en esa clase de sociedades, en las que el Estado posea el 90% o más del capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado -par.1, art. 38-. Además de esto, la ley le otorga actualmente el carácter de entidad estatal a toda sociedad de economía mixta, sin distinguir el porcentaje de participación del Estado en el capital socia.

Adicionalmente, desde 1993, la ley 80 tenía establecido que dicho estatuto jurídico era aplicable a las sociedades de economía mixta, donde el Estado tuviera una participación superior al 50%, de manera que, por este sólo aspecto, queda claro que los contratos que celebraba

CORABASTOS SA se regían por dicho régimen contractual. De hecho esta entidad tiene una participación estatal del 51.32%.

Por esta misma razón, las causales legales que gobiernan el recurso de anulación son las de la ley 80 de 1993, de manera que habrá lugar a estudiar los cargos de anulación propuestos contra el laudo arbitral, sólo si aquellas coinciden con los supuestos previstos en alguna de las causales que contempla el artículo 72 ibídem, por cuanto sólo se pueden invocar las que consagra ésta ley, señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que condicionan la presencia de las misma

, por cuanto no todas las causales previstas para el recurso de anulación contra laudos de que conoce la jurisdicción ordinaria, están contempladas para ese mismo recurso contra los laudos de contratos estatales.

En ese sentido se pronunció la Sala, en sentencia de 1 de agosto de 200

, oportunidad en la cual aclaró que el recurrente, al argumentar que el laudo recayó sobre asuntos no sometidos a su jurisdicción, con fundamento en la causal referente a la nulidad absoluta del pacto arbitral, proveniente de objeto o causa ilícita, no invocó expresamente la causal directa del recurso, y agregó que al juez no le es dable "... encuadrarlo en alguna otra, ni deducir a partir de ello causales implícitas...", teniendo en cuenta la naturaleza extraordinaria del recurso, el carácter taxativo de las mismas y el principio dispositivo que las gobierna.

No obstante, recientemente dijo la Sala -sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 32.871. Actor: Consorcio LAR- que:

"Al respecto, de una parte se precisa que la mencionada nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, cuya declaratoria invalida también el laudo, en realidad no integra una nueva y diferente causal de anulación de los laudos, que exceda las previsiones o disposiciones legales vigentes y a cuya creación hubiere procedido el juez de anulación invadiendo la órbita del legislador, sino que simplemente corresponde a una de las hipótesis fácticas a través de las cuales es posible la configuración de una de las casuales de anulación taxativa, expresa y previamente establecidas por la ley en el ordenamiento vigente.

"Ciertamente, la Sala entiende que la validez del pacto arbitral dice relación directa e inmediata con el principio de congruencia, al punto de constituirse en un presupuesto indispensable para su realización material y efectiva, por tanto, en aquellos eventos en que el laudo que se expida encuentre fundamento en un pacto arbitral afectado de nulidad, ha de concluirse que el mismo ha recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

"Así pues, si las materias y cuestiones que en principio, de manera puramente aparente o formal, las partes decidieron someter a la decisión de los árbitros resultan sin validez, por resultar nulo el pacto arbitral que las contiene, obligado resulta concluir también que el laudo finalmente proferido, en realidad ha recaído entonces sobre aspectos que materialmente no fueron sometidos al conocimiento de los árbitros, no al menos de manera válida.

"De esa manera se tiene entonces que la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, cuya declaratoria invalida también el laudo, lejos de ser una nueva o diferente causal de anulación de los laudos arbitrales que se expidan en relación o con ocasión de las controversias que emanen de los contratos estatales, corresponde a una de las maneras de configuración de la causal de anulación consagrada en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80, según el cual:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes

“.....

“4°. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros ...”.

“Así las cosas, en cuanto la hipótesis aludida constituye tan solo una de las diferentes maneras de configurar una de las causales de anulación taxativa y expresamente consagradas por la ley -la del numeral 4° del artículo 72 de la Ley 80-, conviene agregar que ella, como sucede con las demás causales, podrá ser alegada por cualquiera de las partes dentro de la oportunidad y con los requisitos establecidos para el efecto por las normas vigentes sobre la materia.” (Negrilla fuera de texto)

Reitera la Sala, a partir de este pronunciamiento, que hoy en día es posible alegar la nulidad del laudo, con fundamento en el vicio de objeto o causa ilícita de la cláusula arbitral.

#### 4. Las causales invocadas

La Corporación de Abastos de Bogotá SA. -CORABASTOS- planteó los siguientes vicios en la decisión arbitral:

5.1 Nulidad absoluta por objeto ilícito que vició la cláusula compromisoria, porque el tribunal de arbitramento no se pactó ni constituyó en forma legal: Este argumento lo expuso a lo largo del trámite arbitral, y se fundamentó en dos consideraciones: primero, que la designación de los árbitros debe ser conjunta y no individual por cada una de las partes. El segundo, porque la designación que hizo el juez civil del circuito de los árbitros fue inválida, porque carecía de competencia para hacerlo, pues esa facultad es privativa y exclusiva del Consejo de Estado.

Advierte la Sala, soportado en lo analizado hasta ahora, que esta casual tiene fundamento en el art. 163.1 del decreto 1818 de 1998, de manera que la ley 80 de 1993 no erige los hechos invocados en causal de anulación de un laudo arbitral, lo cual impide asumir su estudio, conforme lo establece el artículo 128.5 CCA., según el cual compete a esta jurisdicción conocer “Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia...”

Ello no obsta o afecta la facultad que tiene todo juez para declarar de oficio la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos -además de la posibilidad, hoy en día vigente, de alegar este vicio, según se analizó anteriormente-, en ejercicio de las facultades que legalmente se le confieren a todo juez, las cuales sólo puede ejercer respecto al vicio que recaiga sobre la cláusula arbitral o el compromiso, sin posibilidad de extenderla al contrato estatal subyacente que contiene la cláusula compromisoria, dada la autonomía que se reputa del pacto arbitral frente al contrato del cual forma parte -art. 116 ley 446 de 1998-, y bajo los apremios de ley, esto es, con observancia de los presupuestos normativos para la declaratoria oficiosa de nulidad del negocio jurídico -art. 87 CCA.-, el respeto al término de caducidad y “a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia ésta que ha sido objeto de tratamiento y aplicación en reiteradas ocasiones por parte de esta Corporación”. Así lo planteó la Sala en oportunidades anteriores, entre las cuales se destaca la sentencia de agosto 1 de 2002 -exp. 21.041-.

Del mismo modo lo refirió la Corte Suprema de Justicia, años atrás, en sentencia de 6 de febrero

, invocando el artículo 305 del C. P. C., incluso sin la reforma del decreto 2282 de 1989. Consideró que la declaratoria de nulidad de la cláusula compromisoria también puede hacerse oficiosamente “en los casos que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio sobre ciertos extremos de la controversia, pues tal hipótesis, aunque el demandante o demandado no los hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluidos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, saben las partes, desde el momento en que aquella se constituyó, que tales cuestiones son objeto del debate”

Por lo tanto y, en atención a la obligación judicial de estudiar el hecho constitutivo de la nulidad absoluta del pacto arbitral o de la cláusula compromisoria, según el caso, entre otras causales puede manifestarse cuando esos negocios jurídicos provienen de objeto o causa lícitos, o sea cuando contravienen el derecho público de la Nación -art. 1.519 CC-, o cuando los motivos que indujeron a su celebración se encuentran expresamente prohibidos por la ley o contrarían el orden público -art. 1.524 CC-.

En este sentido, la Sala considera que sí existe una irregularidad o vicio de ilicitud en el objeto en el contenido de la cláusula compromisoria:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, distintas a las de carácter técnico, serán sometidas a árbitros colombianos, dos (2) de los cuales serán designados uno (1) por cada una de las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. Se fallará siempre en derecho y el domicilio del Tribunal será Santafé de Bogotá. En todo caso habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley.” (fl. 85 cdno. pbas. 3).

En materia de nombramiento y designación de los árbitros y, para efectos de los laudos sobre contratos estatales, el artículo 228 del decreto 1818 de 1998 dispuso que se regirían por las normas vigentes sobre la materia. Aspectos sobre los cuales el artículo 118 de esa ley -modificatorio del artículo 7° del decreto 2279 de 1989- previó que las partes, conjuntamente, nombrarán y determinarán el número de árbitros, bien sea directamente o por delegación en un tercero.

Una norma semejante ya se había contemplado en la ley 23 de 1991 -art. 101-, la cual disponía la necesidad de que las partes nombraran conjuntamente los árbitros, en caso de que no le hubieran delegado esta función a un tercer

.

De otro lado, en el artículo 119 ibidem del decreto 1818 -modificatorio de los numerales 3 y 4 del artículo 15-, el legislador señaló los siguientes eventos relacionados con la designación de los árbitros:

- a) Cuando se trate de delegado, el Centro de Arbitraje debe requerirlo para que dentro de los cinco (5) días siguientes haga la designación y, en caso de no hacerlo, será dicho Centro quien lo haga.
- b) Cuando la persona designada como árbitro no acepta o las partes no han nombrado los árbitros, el Centro de Arbitraje las citará a audiencia para que hagan la designación.

c) Las designaciones que las partes no hagan, las efectuará el Centro de Arbitraje.

No obstante, la cláusula arbitral pactada, contrariando la ley vigente al momento de su celebración, dispuso que i) cada parte nombraría un árbitro y que ii) la cámara de comercio designaría al tercero, violando la ley la primera forma de designación, pues la norma que estaba vigente al momento de celebrarse el contrato es clara en decir que son “las partes”, conjuntamente, quienes deben nombrar los árbitros.

Por este sólo hecho se violó una norma imperativa, pues la Constitución Política señala -en el art. 116- que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición... de árbitros... en los términos que determine la ley.”

Según esta norma, al legislador se le defirió la determinación de las condiciones en las cuales se puede asumir la condición de árbitro. Por su parte, la ley dispuso que “las partes” nombrarán “conjuntamente” los árbitros, con lo cual se modificó el sistema que existía con anterioridad, según la cual cada parte podía nombrar su árbitro, de manera que la norma vigente para el momento de la celebración del contrato, así como las que la han modificado, exigen que el nombramiento sea conjunto, o, en su defecto, delegado a un tercero, pero de ninguna manera la ley admite que cada parte nombre su árbitro.

En este sentido, es claro que la cláusula arbitral pactada viola la ley, pero no en forma absoluta sino parcial, pues la ilegalidad sólo se predica de la posibilidad que se adjudicó a cada parte de nombrar su árbitro. En este sentido, la Sala declarará de oficio, en la parte resolutive, la nulidad de la parte pertinente de la cláusula.

El vicio no se extiende a toda la cláusula porque para que ella exista, y sea válida, la ley sólo exige que las partes acuerden someter las diferencias que surjan del contrato a un tribunal de arbitramento. De modo que la manera de designar los árbitros se encuentra contemplada en la ley, y salvo que se quiera delegar esta función en un tercero, las partes son quienes deben hacerlo, es decir, que este tema es indisponible, salvo para delegar en otra persona.

Otra cosa es que el Tribunal efectivamente convocado se haya conformado pese a las irregularidades que se anularán en esta providencia. En este sentido, encuentra la Sala que, según el acta de nombramiento de árbitros, obrante en el proceso en original, ante la negativa de CORABASTOS SA de nombrar su árbitro -como lo establecía la cláusula arbitral- la convocante también se abstuvo de nombrar el suyo y le solicitó al juez civil del circuito que nombrara los dos (2) árbitros. El tercer árbitro si lo designó la Cámara de Comercio, como lo establecía la cláusula arbitral.

Tal conducta se encuentra plenamente comprobada en el acta de audiencia de nombramiento de árbitros, realizada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 7 de febrero de 2003, en la cual se dejó constancia de los siguientes hechos:

“En presencia de... funcionario del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se dio comienzo a la reunión. En primer término, se explicó brevemente las funciones actuales de los centros de arbitraje, con motivo de la sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-1038 de 2002. A continuación se explicó los objetivos de esta reunión, su contenido y alcances; invitándolos a designar a los dos árbitros que les corresponde a ellos nombrar, según lo acordado en la cláusula compromisoria establecida en el contrato de concesión número 047-97 celebrado el 25 de septiembre de 1997 de común acuerdo. Se concede la palabra al apoderado de la parte convocada quien manifestó que no designará a ningún árbitro por

considerar que la justicia arbitral no es competente para conocer del asunto que se pretende ventilar en este proceso. A continuación, la parte convocante manifestó que ante esta circunstancia no es posible designar a los dos árbitros que les compete y que en consecuencia procederá a solicitar a la justicia ordinaria la designación de éstos dos árbitros. Para este fin solicita copia auténtica de las actuaciones adelantadas en el trámite arbitral. Adicionalmente, solicita formalmente que el Centro de Arbitraje y Conciliación designe al tercer árbitro que integrará dicho Tribunal, según las facultades otorgadas expresamente por las partes en la cláusula compromisoria del contrato de concesión 047-97" (fls. 197 a 198 cdno. ppal. No. 1). (Negrillas fuera de texto)

Según los hechos, el tribunal no se conformó de manera indebida, pues, finalmente, ninguna de las partes nombró el árbitro que le correspondía, es decir, que el aparte de la cláusula que ahora se anulará no fue aplicado, y se observó, en su lugar, la ley vigente. En estos términos, la Sala no advierte vicios de nulidad que afecten íntegramente la cláusula compromisoria, lo cual lleva a declarar infundado el cargo.

De otro lado, jurisprudencialmente, son pocos los precedentes que existen sobre el trámite para la designación de los árbitros y la integración del tribunal de arbitramento.

En auto de ponente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 5 de abril de 198, al decidir el recurso de reposición contra el auto mediante el cual éste designó árbitros se indicó que debían aplicarse los artículos 665 y 666 del C. de P. C. y 2.012 y 2.013 del C. de Co. Por lo que las partes de común acuerdo debían hacer la designación de los árbitros, a menos que éstas delegaran a un tercero la designación, siendo inconcebible desde el punto de vista legal que cada parte nombrara un árbitro.

Posteriormente, también por auto de ponente, proferido el 18 de agosto de 198

, se señaló que conforme al artículo 672 del C. de P. C. y 2.020 del C. de Co., para ese entonces existía como causal del recurso de anulación no haberse constituido el tribunal de arbitramento en legal forma.

Retomando el antecedente jurisprudencial, se indicó que conforme al artículo 2.024 del C. de Co. los jueces civiles del circuito donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral, son los llamados a designar los árbitros, pues en materia de laudos contra contratos administrativos o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, al Consejo de Estado únicamente le corresponde el conocimiento del recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 12 del artículo 128 del C. C. A., pero nunca la designación de árbitros, ello aunado al hecho de que la designación de árbitros es un mero procedimiento y, en apoyo del planteamiento señaló:

“El inciso 2º. del artículo 2024 del Código de Comercio y el inciso 2º. del artículo 676 del Código de Procedimiento Civil, que tiene idéntica literatura, disponen que "dejando a salvo las cuestiones atribuidas a los Tribunales Superiores, de las demás que conforme a este título se reservan a los Jueces, conocerá el Juez del circuito a que corresponda el lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral" (Sublíneas del Despacho). Quiere ello decir, consecuentemente, que "el Juez" ante el cual se debe formular la solicitud de requerimiento de que tratan los incisos terceros de los artículos 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio en los casos mencionados en el ordinal D) precedente (cuando la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de árbitros o cuando el sistema pactado fuere

ilegal) y aún en el evento de que se trate de contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración que contengan cláusula de caducidad, no es otro que, el Juez del Circuito en lo Civil del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de la cláusula compromisoria, legalmente pactada, que lo legitima o en virtud de la primacía de la norma legal sobre las estipulaciones ilícitas del contrato.

Así las cosas, es evidente Para el Despacho que ni el Consejo de Estado ni Tribunal administrativo alguno son organismos jurisdiccionales competentes para dar curso a solicitudes como la que en el presente caso ha formulado el doctor Medardo Serna Vallejo, pues ello compete, según se ha dicho arriba, a la jurisdicción ordinaria por conducto de uno de los señores Jueces del Circuito en lo Civil del lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral respectivo.

Segunda. Que la jurisdicción en lo contencioso administrativo carece totalmente de atribuciones para pronunciarse sobre solicitudes como la formulada... es algo que esto resulta claro, también, del análisis de las normas del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto - ley número 1 de 1984 que pueden guardar alguna relación con el punto. En efecto:

1. No puede sostenerse válidamente que esa competencia está radicada en cabeza de los Tribunales administrativos por el artículo 132, numeral 8, del mencionado Código, pues lo que el precepto en cita asigna a los Tribunales es el conocimiento de procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración que contengan cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de \$ 3.500.000.00 (art. 2º. Decreto 0597 de 1988). Tales procesos relativos a contratos no pueden ser otros que aquellos mediante los cuales pueden hacerse valer ante esta jurisdicción especial las pretensiones contractuales, distintas de la nulidad del contrato que tiene régimen especial, que de conformidad con el artículo 87 del mismo Código sólo son las siguientes:

a) La que busque un pronunciamiento de esta jurisdicción especializada, sobre la existencia de uno de los aludidos contratos;

b) La que pretenda una decisión de la jurisdicción contencioso - administrativa sobre la validez de uno de los contratos en cuestión;

c) La que persiga que la jurisdicción especializada decrete la revisión de uno de los referidos contratos, y

d) La que se proponga ante la jurisdicción contenciosa para que ésta declare que el contrato fue incumplido por cualquiera de las partes que lo celebraron y que, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida está comprometida y debe resarcir los perjuicios que sufrió la parte que sí cumplió o se allanó a cumplir el contrato en la forma y tiempo debidos.

2. Ahora bien: La petición enderezada a que se señale fecha y hora para que en audiencia pública las partes de un contrato designen las personas que deban integrar un Tribunal arbitral que dirima las controversias surgidas entre los contratantes y susceptibles de ser zanjadas por ese medio o, para que en su defecto, tales personas sean designadas por el Juez, no es un "proceso", en la acepción jurídica y propia del término, y, aún menos, un "proceso contencioso administrativo", el que según expresa la doctrina es aquel "conjunto coordinado de actos que se ejecutan por o ante los Jueces de la jurisdicción administrativa con miras al restablecimiento de los derechos

subjetivos vulnerados o de la salvaguarda del orden jurídico general" (C. Betancur Jaramillo, "Derecho Procesal Administrativo, 2º. Ed. Señal Editora, Medellín, 1985, pág. 58; Subrayas fuera del texto).

La precedente apreciación cobra mayor fuerza si se considera que la solicitud que se comenta no persigue pronunciamiento alguno de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez de un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración que contenga cláusula de caducidad, ni aspira a que se revise el contrato, ni a que se declare su incumplimiento. Por el contrario: Llegado el caso, uno o varios de esos pronunciamientos constituirán, justamente el "thema decidendum" del Tribunal de Arbitramento que se constituya...".

Esa providencia precitada fue revocada por la Sala para inhibirse, mediante auto de 26 de enero de 198, pero bajo el entendido de que en ella se hicieron planteamientos jurídicos cuyo alcance no puede desatar la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hasta tanto la justicia ordinaria no hiciera pronunciamiento referente a no integrar el tribunal de arbitramento para dirimir la controversia.

En esa misma anualidad, pero en el mes de marzo, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, dentro del expediente S-071, en forma muy breve, indicó que no existe norma que asigne la competencia al Consejo de Estado para trámitar los nombramiento de árbitros, de cuyos laudos sí tiene competencia para conocer del recurso de anulación.

Esta decisión llevó a que en 1991, en auto de 23 de abril, el entonces Consejero de Estado dr. Julio César Uribe expusiera que si bien no compartía la decisión precitada, proferida por la Sala Plena Contenciosa, acataba la providencia, absteniéndose, por falta de competencia, de designar los árbitros del tribunal de arbitramento.

En el año de 199

, en auto de 16 de junio de 1994, el Consejo de Estado retomó el tema del nombramiento de los árbitros. Reiteró que la ley lo atribuyó a los jueces civiles del Circuito, en la forma y condiciones señaladas en el artículo 9º del decreto 2279 de 1989.

Lo anterior evidencia que la jurisprudencia mencionada varió en este punto y toda ella se fundamentó en la legislación anterior aplicable al recurso de anulación de conocimiento del Consejo de Estado, como en efecto lo era el C. de P. C. y el C. de Co, normatividad derogada, en forma expresa, con la entrada en vigencia del decreto 2279 de 1989, en cuyo artículo 9º se reguló la competencia del juez civil del circuito para designar los árbitros, ante la falta de acuerdo de las partes, o cuando el tercero delegado para tal efecto no lo hiciera, pero luego ésta disposición, a su vez, desapareció con la derogatoria expresa efectuada en el artículo 167 de la ley 446 de 1998.

No obstante, no debe perderse de vista que el legislador de 1998, en su artículo 162, volvió permanentes ciertas disposiciones, como el artículo 15 del decreto 2651 de 1991, luego incorporado en el decreto 1818 de 1998 -art. 129-, cuyo contenido relaciona los eventos y las soluciones en materia de designación de árbitros, asignando un papel preponderante al Centro de Arbitraje. En efecto, el texto es del siguiente tenor literal:

“Artículo 15. Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá...

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el director del centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Numeral modificado por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. Numeral modificado por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario asignar un reemplazo” (negrillas de la Sala).

Sobre el alcance de esta norma, en materia de facultades del Centro de Arbitraje para hacer las designaciones o nombramientos que las partes no realicen, la Corte Constitucional, en sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002, advirtió que la etapa prearbitral, dentro de la cual se tramita la designación de los árbitros y la integración del Tribunal, es verdaderamente judicial y aclaró que a partir de la habilitación que las partes hacen a los particulares éstos son investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, por ello son las partes quienes pueden delegar en el centro de arbitramento, la facultad de designar los árbitros, sin que el legislador así lo pueda imponer, razón por la cual condicionó esa facultad en el Centro de Arbitraje al hecho de que las partes así lo hayan pactado, es decir, si lo han autorizado previa y expresamente, en la cláusula compromisoria o en el compromiso, de lo contrario o a falta de estipulación en tal sentido, si las partes no logran acuerdo en la designación de los árbitros, la competencia para designar a los árbitros recae sobre el Juez Civil del Circuito.

La Sala no encuentra de recibo el argumento del recurrente cuando explica que esa decisión de la Corte sólo se circunscribió a los laudos arbitrales propios de la jurisdicción ordinaria, pero no a aquellos derivados de los contratos estatales, porque la disposición objeto de análisis constituye una previsión general dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin que desde el punto de vista de la exégesis de la norma se advierta una regulación propia y exclusiva para una determinada jurisdicción.

Las anteriores razones llevan a la Sala a concluir que la designación de árbitros, por parte del juez civil del circuito, lejos de configurar, como lo pretende el actor, un supuesto de nulidad absoluta, por objeto o causa ilícitas, se traduce en el cumplimiento de la norma elevada a legislación permanente, conforme al alcance que en su interpretación le diera la Corte Constitucional, en la sentencia de exequibilidad condicionada.

5.2 LA CENSURA: Haber decidido sobre puntos no sujetos a decisión -extra petita-, prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, para que sea corregido, conforme a la previsión del artículo 165 del decreto 1818 de 1998, que reproduce lo establecido en el artículo 129 de la

ley 446 de 1998.

Este cargo por extra petita lo apoyó el recurrente en que no obstante que los árbitros declararon la falta de jurisdicción para conocer del proceso, y se declararon inhibidos, le solicitan a la autoridad judicial a quien remiten el asunto que acate las consideraciones sobre prescripción y caducidad de las acciones y, que “se abstenga por tanto de emitir pronunciamiento que, precisamente como consecuencia de su competencia, son de su exclusiva decisión” -fl. 405 cdno. ppal.-, en franca trasgresión a los artículos 72.4 de la ley 80 de 1993 y 163.8 del decreto 1818 de 1998. Por consiguiente, es al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a quien le corresponde analizar el tema, sin subordinación al tribunal arbitral.

En sentencia reciente de 8 de junio de 2006 -exp. 24.728- se consideraron los eventos en los cuales se estructura dicha causal:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección, se puede afirmar que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.

“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

“i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

“ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

“iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente...”.

Normativamente, en el Decreto 1.818 de 1998 se compilaron varias disposiciones de arbitramento, incluida la causal por incongruencia por extra o ultra petita. En efecto, en el artículo 230 se dispuso:

“DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo

arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo, las siguientes: ( )

4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido” (compiló el artículo 72 de la ley 80 de 1993; véase su texto).

En la Ley 80 de 1993, la previsión fue similar:

“ARTÍCULO 72. DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Éste deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes: ( )

4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”..

Dentro de ese contexto normativo y jurisprudencial, el laudo recae sobre puntos no sujetos a decisión -incongruencia extra petita-, en los siguientes eventos sustanciales: Cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias no transigibles, es decir, define contenciones por fuera de la competencia constitucional y legal máxima, y/o cuando se pronuncian por fuera del objeto del pacto arbitral de las partes, esto es, fuera de la competencia particular y específica asignada por las partes.

Ahora, la segunda parte de la norma hace referencia a otra clase de incongruencia: cuando se concede más de lo pedido -incongruencia ultra petita-, situación que acontece si la decisión va más allá de las peticiones que se le formularon y otorga algo más.

Al respecto de esta causal ha dicho la jurisprudencia -sentencia de junio 8 de 2006, exp. 32.398- que:

3.2.2.1. La causal “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, es similar a la segunda del recurso de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P. Civil, y con ella se persigue, tal y como lo han sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 ibídem, por cuya virtud “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, que constituye un límite en la actividad del juzgador

De conformidad con la jurisprudencia vigente, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea ultra petita; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así:

**“=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión,** puede presentarse:

1. O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
2. O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

**“=> Por haberse concedido más de lo pedido,** este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).

Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 199

**, dado que implica que la** materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita

En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y

la ley.

El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”

Por regla general, para verificar si las censuras por incongruencia de un recurrente tienen o no fundamento y certeza, el juez del recurso de anulación debe determinar tanto si la ley -límite máximo-, como las partes -en la cláusula compromisoria. y el demandante -en su demanda (límites especiales)-, delimitaron la competencia de los árbitros a otros puntos de los decididos en el laudo y, en principio, se dirá que habrá inconsonancia cuando no existe armonía entre lo pedido y lo resuelto.

Todo indica que la inconformidad de la parte recurrente no radica en la parte resolutive del laudo, sino en la parte considerativa del mismo, en cuanto, no obstante haberse inhibido, dio órdenes a la autoridad judicial a quien remitió el caso, es decir, no puede concluirse, desde un primer punto de vista, que el laudo se excedió, porque dejó de decidir, o mejor porque en la parte resolutive del fallo no se hizo esa declaración, sino que sólo se limitó a declararse inhibido.

Para la Sala se trata de un ataque contra las consideraciones del laudo, lo cual está vedado al análisis de la causal que se estudia, en tanto que en el recurso de anulación el Consejo de Estado no es el ad quem del Tribunal de Arbitramento, porque se entraría a un estudio in iudicando.

El cotejo para determinar si el laudo arbitral es incongruente lleva al juez del recurso extraordinario de anulación a comparar lo decidido con lo litigado por las partes, y esa decisión no puede ser otra que la verdaderamente vinculante, es decir, la parte resolutive, por ello la jurisprudencia ha sido reiterativa en delimitar que la causal de incongruencia no autoriza hacer un examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivo determinante del fall

Ahora bien, debe tenerse claro que el vicio por incongruencia no acontece por el sólo hecho de que la decisión arbitral no se compadezca con las pretensiones contenidas en la demanda arbitral, porque, entonces, indefectiblemente acceder o no a las pretensiones marcaría la inconsonancia de la decisión. De ahí que el laudo pueda apartarse de la calificación jurídica o de la interpretación dada a los hechos objeto de controversia, e incluso aplicar normas obligatorias que no necesariamente fueron invocadas por las partes, sin que ello signifique que se esté dictando un fallo incongruente, porque es al juez a quien le corresponde aplicar el derecho, en todo caso dentro del marco señalado por las partes, pero con el alcance fijado en el ordenamiento jurídico.

Frente a ese tema la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de mayo de 199, indicó:

“como quiera que la causal en comento se refiere exclusivamente a yerros in procedendo, para que prospere el ataque por inconsonancia, es necesario que el vicio que se le achaque a la sentencia sea causado por la mera actividad procesal del fallador y, en consecuencia, si la

disonancia proviene del entendimiento de la demanda o de alguna prueba, la falencia deja de ser in procedendo para tornarse en in iudicando ( )”.

En consecuencia, el cargo no puede prosperar, porque el laudo no decidió, en su parte vinculante, impartir orden al Tribunal Administrativo, y porque el fundamento interpretativo que el tribunal de arbitramento hiciera en la motivación del laudo y su cuestionamiento por el juez del recurso de anulación, implicaría un análisis in iudicando sobre el tema de la operancia de la caducidad de la acción y su suspensión, a partir de la presentación de la demanda arbitral.

5.3. En esta última censura coinciden ambas partes, pues acusan la decisión de incongruencia por citra o minus petita, al no decidir sobre puntos sujetos a decisión arbitral, prevista en el numeral 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, para que sea corregido o adicionado.

Corabastos argumentó que el fallo arbitral adolece de mínima petita, pues no obstante que reconoció, en la parte considerativa, que carece de jurisdicción, se abstuvo de declarar la nulidad de todo lo actuado, siendo ésta la consecuencia indefectible de la falta de jurisdicción, conforme a lo preceptuado en los artículos 140 numeral 1, inciso último, del artículo 144 y 145 del C. de P. C. -fls. 375 a 412 cdno. ppal.-.

Por su parte, las sociedades Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda., argumentaron, en primer término, que el Tribunal de Arbitramento, si bien, en principio, criticó la sentencia de la Corte Constitucional T-481 de 2005, en la cual declaró la existencia de una vía de hecho en la decisión del tribunal de arbitramento, por defecto orgánico, y en la decisión del Consejo de Estado, por defecto sustancial, al no anular el laudo arbitral y desconocer las normas que regulan la competencia arbitral y la facultad de la administración de liquidar unilateralmente el contrato, la terminó aplicando, porque, en su consideración “estaba obligado a hacerlo por tener dicha providencia efectos generales (páginas 57 a 60 del laudo)” -fl. 421 cdno. ppal.-.

En segundo lugar, sustentó la inconformidad en que el tribunal de arbitramento no decidió sobre las pretensiones de la demanda, pues se trató de un fallo inhibitorio, por lo que el Consejo de Estado debe revisar si las razones en que se fundó el tribunal para declararse inhibido son o no válidas, y si estaba obligado a acatar la decisión que, en tutela, y para otro caso particular, adoptó la Corte Constitucional, teniendo en cuenta los efectos interpartes de los fallos de tutelas, de conformidad con el numeral 2 del artículo 48 de la ley 270 de 1996, bajo el entendido de que las sentencias de revisión, en las que dicha Corte precise el contenido y el alcance de los derechos constitucionales, son criterio auxiliar de la actividad del juez, “pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo son pena de infringir el principio de igualdad” -fl. 422 cdno. ppal.-.

Para la Sala, desde el punto de vista normativo, la causal por mínima petita se configura cuando el juez omite pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento, solicitados en la demanda o en la contestación, o sobre asuntos que hubiesen surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestarse.

Se reitera que el ataque de un laudo arbitral, por vía del recurso de anulación, se apoya en errores in procedendo de la decisión, por ello no es posible asumir, en forma amplia, como se hace en el recurso de apelación, el análisis de planteamientos e interpretaciones jurídicas de fondo, o determinar si los árbitros aplicaron bien o no las normas sustanciales, aunque lo advierta, y ello

encuentra su razón teleológica en el hecho de que fueron las mismas partes quienes apartaron el asunto en controversia del juez natural, al acordar la cláusula compromisoria, de manera que si la decisión arbitral no es del agrado de las partes, porque la decisión no accede a lo solicitado, no debe el juez del recurso de anulación asumir el estudio de fondo, como si se tratara del superior jerárquico del tribunal de arbitramento.

Observa la Sala que los cargos se fundamentan, principalmente, en que la decisión inhibitoria de los árbitros se sustentó en la decisión de la Corte Constitucional, contenida en la sentencia T-481 de 200, mediante la cual anuló, de una parte, la decisión arbitral de 24 de abril de 2003, que resolvió la controversia suscitada entre la sociedad Concesiones de Infraestructura SA. -CISA- y el Departamento del Valle del Cauca, originada en el contrato de concesión GM-95-04-017, y, de otra, en la sentencia de 11 de marzo de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación, por incurrir ambos en vía de hecho, el primero por defecto orgánico y la segunda por defecto sustantivo.

La Sala advierte que si bien la decisión arbitral de este asunto se profirió el 13 de enero de 2006, lo cierto es que la sentencia T-481 de 2005 fue anulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante auto de 26 de marzo de 200

, en el cual se ordenó proferir un nuevo fallo, al prosperar la solicitud de nulidad, presentada por CISA S. A., sustituyéndose así por otra sentencia de Sala Plena.

Se pregunta la Sala ¿hasta qué punto la decisión inhibitoria del tribunal de arbitramento, basada en la sentencia de tutela declarada nula, constituye un error in iudicando, imposible de ser asumido en su estudio a partir del recurso de anulación? Este interrogante exige formular las siguientes consideraciones:

La diferencia entre los vicios de la actividad -in procedendo- y los vicios de juicio -in iudicando- no responden a la transgresión de una norma procesal o sustancial, aunque lo cierto es que este fue un criterio diferenciador que la doctrina emplea

, el cual ha sido revaluado, pues “sería inexacto afirmar que la 'errónea declaración' de ley que da lugar al error in iudicando, deba ser siempre declaración de ley sustancial, o sea, que mientras el error in procedendo tiene siempre efectos limitados al derecho procesal, el error in iudicando haya de repercutir por fuera también sobre el derecho sustancial

. Por esto es mejor señalar, para mayor seguridad, que en el error in iudicando el juez “hace decir a la ley [NOTA: procesal o sustancial] lo que la ley no quiere decir, abusa del poder de mando que el Estado le confía para dar fuerza de ley a la negación de la verdadera voluntad de la ley

-nota de la Sala-.

Ahora bien, existen casos en los cuales se presenta la llamada concurrencia de errores sobre una misma situación -in iudicando e in procedendo-, porque la declaratoria del juez es errónea en cuanto no ejecuta la voluntad de la ley -in procedendo- y ello lo lleva a decir cosas contrarias a la voluntad de la ley -in iudicando-. Así lo refiere Chiovenda: “puede ocurrir que un defecto de actividad se presenta junto con un defecto de juicio... y sucede así cuando el juez se pronuncia expresamente sobre las actividades procesales y, a base de este juicio, pasa al pronunciamiento sobre el mérito o declara no poder pronunciarse sobre el mérito

Para la situación en concreto, la inejecución de la ley aconteció cuando los árbitros entendieron aplicable al caso que juzgaban la decisión de tutela de otro proceso -in iudicando o del juicio-, pues eso los llevó a negar el fallo de fondo y emitir, por tanto, una providencia inhibitoria -in iudicando-. Por lo que, dada la concurrencia de esas situaciones, podría afirmarse que al Consejo de Estado le está vedado asumir el análisis, bajo el argumento de que se trata exclusivamente de un estudio in iudicando.

En este sentido, lo que el recurrente pide no es más que un control, por vicio in iudicando, del laudo arbitral, pues la apreciación acerca de si el fallo de tutela de la Corte era aplicable o no, conduce finalmente a hacer un juicio sobre el contenido de la discusión, es decir, sobre la decisión arbitral misma, aspecto que escapa, según se ha dicho, a esta instancia.

Es más, si se ahonda en las razones por las cuales la Sala Plena de la Corte Constitucional anuló la sentencia de tutela de la Sala Primera de Revisión, en el mencionado caso de Cisa SA. contra el Departamento del Valle, se advierte, con total claridad, las irregularidades de la decisión constitucional, que en últimas generó que estos árbitros incurrieran en error in iudicando.

En efecto, lo primero que explicó la Sala Plena de la Corte es que las razones que llevaron a la Sala Primera de Revisión a considerar la decisión arbitral como constitutiva de vía de hecho, en realidad correspondían a discrepancias interpretativas no generadoras de la misma y menos constitutivas de arbitrariedad, en primer término, porque ni siquiera la decisión de la Sala Primera de Revisión apunta a demostrar que el tribunal de arbitramento carecía de competencia, y no obstante declaró la vía de hecho por defecto orgánico; y, en segundo lugar, porque la argumentación que hiciera sobre el término legal para que la administración pudiera hacer uso de su facultad de liquidar unilateralmente el contrato se apartó de la jurisprudencia reiterada de la jurisdicción contencioso administrativa y de la ley. En apoyo de este planteamiento agregó:

“...es importante anotar que el punto de la propia competencia fue analizado por el Tribunal de Arbitramento en razón a lo alegado por la Gobernación

. Igualmente, esta cuestión fue abordada por la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que convalidó el laudo

–. Tanto el Tribunal de Arbitramento como la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se basaron en la jurisprudencia predominante según la cual “(...) la Administración puede en el tiempo liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad (...)

En conclusión, la sentencia T-481 de 2005 proferida por la Sala Primera de Revisión se apartó sin razón suficiente de la jurisprudencia constitucional consolidada sobre vías de hecho.

En la medida que los cambios jurisprudenciales sólo pueden ser efectuados por la Sala Plena de esta Corporación, y que en el caso de la sentencia T-481 de 2005, éste fue efectuado por una Sala

de Revisión, la Sala Plena constata y declara la ocurrencia de esta causal de nulidad en la sentencia T-481 de 2005. (...)

Por tal razón, se concluye que con las órdenes impartidas en la parte resolutive de la sentencia T-481 de 2005 se desconoció el derecho fundamental al debido proceso de CISA, al haber generado una situación jurídica tal, que dejó a esta sociedad -que desde el año de 1999 ha promovido fórmulas de acuerdo directo con el departamento del Valle y ha recurrido a los mecanismos previstos en el contrato y en la ley para solucionar sus diferencias en torno a la deuda pendiente de pag

- sin posibilidad alguna de acceder a la administración de justicia para que se resuelvan las controversias económicas con ocasión de la liquidación del contrato de concesión GM-95-04-07, celebrado entre ellos.

Al respecto, es importante resaltar que la controversia no versa sobre la existencia de la deuda, puesto que la propia Gobernación del Valle reconoce que ésta existe. La discrepancia gira en torno al monto de la deuda. En efecto, al comparar lo decidido por la Gobernación del Valle en la liquidación unilateral

""', frente a lo resuelto por los árbitros en el laudo arbitra

, existe una diferencia considerable en cuanto al monto de la suma de dinero que le adeuda el departamento del Valle a CISA, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-0

, y también se evidencian discrepancias en cuanto a las variables tenidas en cuenta para realizar el cálculo correspondiente, aspecto sobre el cual no se pronunciará la Corte en este auto.

### 2.3. CONCLUSIÓN

Las dos causales de nulidad antes analizadas - (i) cambio de jurisprudencia sobre la doctrina de la vía de hecho en que llegaren a incurrir las providencias judiciales, efectuado por una Sala de Revisión y no por la Sala Plena y (ii) desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de una de las partes, específicamente el derecho a acceder a la administración de justicia- son fundadas, lo cual debe conducir a que la sentencia T-481 de 2005 sea declarada nula por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Tal declaratoria hace innecesario continuar con el análisis de las demás causales de nulidad alegadas...

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la sentencia T-481 de 2005, es necesario que se profiera una nueva sentencia de revisión por la Sala Plena de esta Corporación..."

No obstante esto, la razón fundamental para que no prospere el cargo de anulación contra el laudo radica en un aspecto que se abordó al inicio del estudio. Se trata de la imposibilidad de predicar la incongruencia de sentencias totalmente inhibitorias, pues se insiste en que la asunción del análisis de los errores que impliquen estudio in iudicando del juez extraordinario están limitados, en forma estricta, al contenido de la decisión de los árbitros, esto es, a la posibilidad de corregir el laudo si incurrió en incongruencia extra o ultra petita, o adicionarlo si se trata de inconsonancia mínima o citra petita, pero nunca de sustituir o reemplazar, completamente, la decisión arbitral, como si se tratara del recurso de apelación o del recurso extraordinario de súplica, por violación directa de la norma sustancial.

Lo contrario llevaría a la Sala a inmiscuirse en el tratamiento jurídico de la problemática, en la apreciación y valoración probatoria del contrato de concesión, como si se tratara del juez natural de la causa -vicio in iudicando-, competencia que fue sustraída a la jurisdicción contencioso administrativa, por voluntad de las partes, y que no puede retomar por vía del recurso extraordinario de anulación, en casos como este.

En este sentido, cuando no se pronuncia laudo de fondo se atentaría contra la filosofía del mecanismo alternativo de solución de controversias, si esta Sala dictara el fallo, cuando el tribunal nada dijo al respecto, pero no por errores de apreciación de las normas sustanciales aplicables al caso, sino por determinación de una providencia de un juez, que como la Corte Constitucional, es la máxima instancia en materia de derechos fundamentales y quien por demás define, por vía de revisión de tutela, la orientación que los demás jueces de la república deben seguir al respecto.

De esta manera, no se está en presencia de la causal de nulidad invocada por los actores, porque el tribunal no dejó de pronunciarse sobre materias sometidas a su decisión, sino que estimó que no podía pronunciarse sobre ellas -en forma por demás discutible (pues esta Sección no comparta ese criterio) porque se había tornado “intransigible” el debate propuesto por la convocante-, según la sentencia de la Corte Constitucional vigente en la época en que se dictó el laudo.

Recuérdese, en este sentido, que el art. 115 del decreto 1818 de 1998 exige que sólo puede someterse a tribunal de arbitramento las materias transigibles, entre las cuales la analizada por el tribunal había dejado de serlo para el momento del fallo. En este sentido, los árbitros realmente no dejaron de pronunciarse sobre las pretensiones, si se consideran conscientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron que fallar, según las fuentes del derecho -jurisprudencia- vigentes para el momento.

No obstante lo anterior, la Sala quiere poner de presente su reproche a la conducta del Tribunal de arbitramento, en la medida en que no tuvo el valor suficiente para separarse de la jurisprudencia constitucional y, en su lugar, acoger la del Consejo de Estado, a sabiendas de que su pensamiento, expresado con contundencia y rigor en el laudo, conducía a esta decisión. Por el contrario, los árbitros, pese a estar inconformes, hasta la saciedad, con la sentencia T-481 de 2005, decidieron finalmente acogerla.

Para la Sala esta actitud desdice de la independencia que se atribuye al poder judicial, en el contexto, en todo caso, del deber de observar la jurisprudencia de los órganos de cierre del ordenamiento jurídico colombiano.

La posición de los árbitros, en cuanto a su inconformidad con la decisión adoptada por vía de tutela, la cual asumieron pacíficamente, con docilidad y sumisión intelectual, francamente resulta reprochable. Y es que en aras de la naturaleza óptica de jueces, podían y debían, si lo llegaron a considerar, dejar de lado la decisión judicial que por vía de tutela había adoptado la Corte Constitucional, para remover el obstáculo que en el ejercicio de su función jurisdiccional demandaba la estructuración y existencia del laudo en toda su dimensión jurídica. Además, la misma jurisprudencia constitucional, y también la doctrina, no solo permiten el alejamiento de las subreglas, sino que es más, lo demandan cuando existen argumentos o ponderaciones valiosas que superan la línea jurisprudencial de cualquiera de las altas cortes, eso sí, cumpliendo el deber de justificación, de argumentación, en cuanto a la modificación del criterio. Podría hablarse, entonces, no de una facultad sino de un deber de racionalidad, el no asumir posturas que ni en

lógica ni en justicia se comparte

En este mismo sentido dice Robert Alexy, comentando el uso de los precedentes judiciales, y la regla de la carga de argumentación relacionada con él, que "...En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello. Cuando resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso.

Finalmente, el Consejo de Estado advierte que la censura sobre la falta de declaratoria de nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, nuevamente lleva al juez del recurso de anulación a revisar el fondo del debate, por errores in iudicando, cuando lo cierto es que la disonancia a que refiere la ley, como violatoria del principio de congruencia, nunca puede tener este efecto, debido a que la mencionada causal no permite entrar en el fondo de la decisión

Por consiguiente, las censuras por incongruencia mínima tampoco prosperan y el recurso se declarará infundado.

#### 4. Costas

En materia de recursos de anulación de laudos arbitrales, este aspecto se sujeta a la regulación contenida en el inciso tercero del artículo 40 del decreto-ley 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, por ser esta disposición de carácter especial sobre la materia - de aplicación preferente al artículo 171 del C. C. A., mod. art. 55 ley 446 1998-, la cual dispone que "Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente", pero como ambas partes recurrieron, y los recursos no prosperaron, no habrá lugar a condena en costas.

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

#### F A L L A

**PRIMERO:** Anúlense las expresiones "...uno (1)... cada una de...", contenidas en la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión 047 de 1997, por objeto ilícito, en los términos analizados en esta providencia.

**SEGUNDO:** Declárase infundados los recursos extraordinarios de anulación instaurados por la sociedad Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. y la Corporación de Abastos de Bogotá S. A. Corabastos S. A, contra el laudo arbitral dictado el 13 de enero de 2006 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas con ocasión del contrato de concesión 047-97.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas a los recurrentes.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE. CÚMPLASE.**

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

