

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Competencia

Esta Corporación es competente para conocer privativamente y en única instancia 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” (numeral 5 del artículo 128 del C. C. A., compilado por el inciso 5 del artículo 36 del Decreto 1818 de 1988; inciso 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993). El laudo arbitral bajo estudio fue proferido para dirimir el conflicto surgido por la ejecución de un contrato cuyas partes son una entidad de derecho público, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, y una persona jurídica de derecho privado, Sociedad Concesionaria de Obras del Caribe S.A., el cual tiene por objeto “...la concesión de las actividades y obras de diseño, financiación, construcción y comercialización del Mercado Público de Santa Marta y la Galería Comercial ‘El Pueblito’...”. Por consiguiente, se trata de un negocio jurídico en que una de las partes es de aquellas entidades a las que se refiere el aparte a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, entra dentro de la definición de contrato estatal contemplada en el artículo 32 de esa ley y es por ese estatuto que se rige, en lo allí previsto

ARBITRAJE - Generalidades / PACTO ARBITRAL - Concepto / CLAUSULA ARBITRAL - Concepto. Contrato autónomo / COMPROMISO - Concepto / ARBITRAJE EN DERECHO - Concepto / ARBITRAJE EN EQUIDAD - Concepto / ARBITRAJE TECNICO - Concepto

De conformidad con el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 -el cual compila el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1 del Decreto 2279 de 1989-, el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. Así, el arreglo de un conflicto presente o futuro en una relación jurídica, en el que se encuentren involucrados derechos con proyección económica, renunciables, disponibles y, por ende, susceptibles de transacción, puede someterse por las partes vinculadas a dicha relación a este procedimiento heterocompositivo de administración de justicia, con lo cual excluyen la contención y diferencia del conocimiento de la justicia ordinaria. A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116 y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998). La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo. Por lo que a su decisión se refiere, el arbitraje en general puede ser en derecho, en equidad y técnico (artículo 115 del Decreto 1818 de 1998); en cuanto al primero, la decisión se fundamenta en el derecho

positivo vigente; en cuando al segundo, la decisión se fundamenta en el sentido común y la equidad; y en el último caso, en razón a los específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

CONTRATATO ESTATAL - Arbitramento / ARBITRAMENTO - Contrato estatal / ARBITRAMENTO - Generalidades

En materia de contratación estatal, los artículos 70 y ss. de Ley 80 de 1993, (compilados a su vez por los artículos 228 y ss. del Decreto 1818 de 1998), permiten que las partes puedan pactar en los contratos estatales la cláusula compromisoria o solicitar a la otra la suscripción de un compromiso a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas controversias que puedan surgir o se presenten, según se trate, por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, arbitramento que será únicamente en derecho, sin que obste para dar cabida al arbitraje técnico cuando se pacte para resolver una discrepancia de esta exclusiva naturaleza (artículo 74 ibídem). Algunas de las notas predominantes de esta institución para resolver en derecho conflictos derivados y originados en un contrato estatal, se pueden concretar en los siguientes enunciados a saber: Es un mecanismo de heterocomposición de conflictos, que nace del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, expresada de manera recíproca al momento de contratar o posteriormente a la celebración del contrato. Dicho pacto habilita a particulares denominados árbitros para resolver un conflicto de manera temporal y limitada a la materia, razón por la cual se convierten transitoriamente en verdaderos jueces del asunto en concreto. Las partes -salvo excepción legal- renuncian a hacer valer sus controversias ante la jurisdicción institucional (artículos 144 y 146 Decreto 1818 de 1998). La materia y extensión de conocimiento de los árbitros se encuentra delimitada por las partes, y por la ley, en tanto sólo procede sobre conflictos de carácter particular y económico con carácter transigible de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa en virtud de la acción de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (concordante con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993), con las restricciones previstas en el ordenamiento jurídico. Es una justicia administrada por particulares en única instancia, cuya decisión expresada en una providencia denominada laudo, obliga a las partes que a ella se sujetan para resolver sus discrepancias, en tanto aquél tiene la misma naturaleza y efectos de las sentencias proferidas por la jurisdicción. El arbitramento, por esencia, no contempla una segunda instancia y, por ende, sobre la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento, no es posible, por regla general, replantear el debate acerca del fondo del proceso, con el fin de que sea examinado por otra autoridad. A manera de conclusión se puede señalar que el ordenamiento jurídico estableció el arbitramento como una opción alternativa a la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir las controversias generadas a propósito de los contratos estatales, regida por unos procedimientos y trámites propios, que activan de manera libre y voluntaria las partes del mismo y al cual quedan sometidos una vez celebrado el respectivo pacto arbitral.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Objeto / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Oportunidad / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales taxativas

Cabe precisar que para remediar judicialmente las situaciones en las que se incurre en defectos y errores in procedendo en los laudos, que vician la justicia que a través de ellos se imparte, la ley instituyó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, el cual sólo procede por causales taxativamente establecidas, y puede interponerse por cualquiera de las partes dentro de los cinco

(5) días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, mediante escrito que deberá presentarse ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento que lo profirió. Es así como, en razón a la materia objeto de la controversia, esto es, para los eventos referidos a los laudos que diriman conflictos suscitados por contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, el artículo 72 de este estatuto (compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998), estableció de manera especial las causales del recurso de anulación contra los mismos. En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en la norma citada. Así, el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, y de sustentarlo una vez avocada su conocimiento y corrido el traslado para ello, so pena de declararlo desierto por tal omisión. Nota de Relatoría: La Sala ha manifestado que las causales instituidas en normas anteriores, como en el Decreto 2779 de 1989, no son aplicables contra laudos que versen sobre contratos estatales. En este sentido ver, por ejemplo: Sentencia de 1 de agosto de 2002; Exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp.19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En este sentido ver: sentencias de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Generalidades / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Objeto y finalidad / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Facultades del juez / PRINCIPIO DISPOSITIVO - Recurso de anulación de laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Excepción. Causales taxativas / NULIDAD ABSOLUTA DEL PACTO ARBITRAL - Objeto o causa ilícita / DEBIDO PROCESO - Violación. Prueba. Recurso de anulación de laudo arbitral

De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades: El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos. El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal. En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Los procedimientos del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado

“principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra. Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política. Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809 y el 24 de octubre de 1996, Exp. 11632. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; y Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. NULIDAD ABSOLUTA DEL PACTO ARBITRAL: Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO. Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. 19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Nulidad absoluta del pacto por causa u objeto ilícito / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales. Decreto 1818 de 1998. Ley 80 de 1993 / PACTO ARBITRAL - Nulidad absoluta por causa u objeto ilícito. Declaración de oficio / NULIDAD ABSOLUTA POR CAUSA U OBJETO ILICITO - Pacto arbitral / CAUSAL DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Nulidad absoluta por causa u objeto ilícito del pacto arbitral

La causal invocada expresamente en el recurso por la parte convocada para encajar el presente cargo esgrimido contra el laudo arbitral, corresponde al numeral 1° del artículo 163 Decreto 1818 de 1998 (compilado del numeral 1° artículo 38 Decreto 2279 de 1989). Cabe observar que el ordenamiento jurídico establece dos sistemas de causales para la procedencia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, uno en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y otro, consagrado en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 de aquel decreto, que se aplican dependiendo de la materia o asunto objeto de la controversia, esto es, si se trata de controversias derivadas de contratos regidos por el derecho privado o de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. Es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios del procedimiento adelantado por los árbitros, sin

entrar, en principio, al de fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros. Y si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 son menos que aquellas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coinciden las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 del 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las citadas normas, dependiendo claro está de sí se trata de contratos de la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la citada ley. La conclusión anterior no ha impedido a la jurisprudencia de la Sección adoptar el criterio de que cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, procede su declaratoria de oficio. En este sentido, si bien el hecho mencionado no se encuentra previsto como causal de anulación para los asuntos contractuales regidos por el estatuto de contratación de la administración pública, habida cuenta de que esa normativa las establece de manera especial y taxativa, lo cierto es que cuando la cláusula compromisoria esté afectada en forma evidente de objeto o causa ilícita, el juez del recurso tiene la facultad y el deber legal de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de la misma, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, de conformidad con lo previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, la Sala observa que la argumentación tanto del Procurador Judicial 43 de Asuntos Administrativos de Santa Marta como de la convocada para sustentar esta acusación contra el laudo, en esencia, no se refiere a la nulidad del pacto arbitral, sino que se concreta en la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita del Contrato de Concesión 001 de 2002, porque el Distrito no tenía como ejecutar y cumplir las obligaciones asumidas con el mismo debido a que atravesaba una grave situación financiera al momento de su celebración y ejecución. Empero, la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitas del contrato sobre el cual recae el pronunciamiento del laudo arbitral en virtud de la cláusula compromisoria o el compromiso que somete a árbitros las diferencias o controversias con ocasión al mismo, según se explicó en las generalidades del recurso, no está prevista dentro de las causales de anulación que para laudos de manera taxativa consagró el legislador. Nota de Relatoría: Ver: sentencias de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia proferida el 8 de junio de 2000 (Exp. 16973), Ver entre otras Sentencias de la Sección: 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; 4 de julio de 2002, Exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 1 de agosto de 2002, Exp. 21041, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 11 de marzo de 2004, Exp. 25021, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. 15 de mayo de 1992, actor: Carbones de Colombia S.A. Carbocol, y el 4 de mayo de 2000, expediente 16.766. Sentencia de 11 de abril de 2000, Exp. 21652 C.P. Alier Hernández Enríquez.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales artículo 72 de la Ley 80 de 1993 / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza extraordinaria / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Finalidad / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Nulidad del

contrato sobre el que versa el laudo. Improcedencia / CLAUSULA COMPROMISORIA - Autonomía respecto del contrato

En consecuencia, insiste la Sala: i) que quien pretenda la anulación del laudo arbitral debe invocar alguna de las causales previstas por la ley al efecto y sustentarla adecuadamente, señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que encajan dentro de una de las causales previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, y ii) el recurso de anulación es de naturaleza extraordinaria y tiene por objeto la anulación o modificación de la decisión arbitral cuando contiene errores de procedimiento, in procedendo, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en lo relativo a cuestiones de mérito o de fondo, como es, la nulidad del contrato sobre el cual versa el pacto arbitral, asunto que es de competencia de los árbitros. En forma adicional, se comparte el concepto del Ministerio Público ante esta Corporación, en el sentido de que en el evento en que un contrato con pacto arbitral estuviere viciado de nulidad, la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y validez del mismo, conforme al parágrafo del artículo 114 de la Ley 446 de 1998, y además de que revisada la cláusula compromisoria no se vislumbra de ella nulidad por objeto o causa ilícitas. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Causal 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Causal 2 del recurso de casación / CAUSAL CUARTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Configuración / PACTO ARBITRAL - Competencia de los árbitros / ARBITROS - Competencia. Pacto arbitral / FALLO INCONGRUENTE - Fallo ultrapetita / FALLO ULTRA PETITA - Extralimitación o exceso en la competencia

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. 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 1993, 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: 1. 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. 2. 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. 3. 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. Nota de Relatoría: Ver Exp. 5562; Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; igualmente, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, y Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001 de la Corte Suprema de Justicia

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Condena en costas /
CONDENA EN COSTAS - Recurso de anulación de laudo arbitral**

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Agente del Ministerio Público en Santa Marta y la entidad convocada carece de prosperidad, por cuanto no se probó alguna de las causales por ellos invocadas. En consecuencia, la parte recurrente convocada será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00008-00(32398)

Actor: DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA

Demandado: SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S. A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA, en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, y por el Procurador Judicial No. 43 de Asuntos Administrativos de Santa Marta, en su condición de Agente del Ministerio Público contra el laudo arbitral proferido el 26 de septiembre de 2005 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad territorial y la SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., con ocasión del Contrato de Concesión No. 001 de 30 de septiembre de 2002, sus adicionales y otrosí. El recurso será declarado infundado. En la parte resolutive el laudo decidió:

“PRIMERO: Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada a los dictámenes rendidos en el proceso.

“SEGUNDO: Denegar la excepción formulada por la parte convocada a la demanda.

“TERCERO: Acceder a la pretensión primera de la demanda y, en consecuencia declarar que durante el desarrollo del contrato, y hasta el 6 de mayo de 2004, ocurrieron los siguientes hechos externos al contratista, que afectaron el desarrollo de los trabajos en tiempo y, en consecuencia generaron afectaciones al Programa Detallado de Trabajo: 1.) Demoras en la entrega de los bienes entregados en concesión; 2.) Solicitud de Cambio de Diseño por parte de la Concedente y; 3.) No ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado (sic)

“CUARTO: Acceder a la pretensión segunda de la demanda y, en consecuencia, declarar que durante el tiempo de la ejecución del contrato, ya (sic) hasta el 6 de mayo de 2004, la concedente solicitó dos (2) modificaciones del diseño de la plaza de mercado público de Santa Marta, en relación con el proyecto ofertado y contratado, por causas no atribuibles al Concesionario.

“QUINTO. Acceder parcialmente a la pretensión tercera de la demanda y, en consecuencia, declarar que los hechos enumerados a continuación ocurridos durante el desarrollo del contrato de Concesión

y hasta el 6 de mayo de 2004: 1.) Demoras en la entrega de los bienes entregados en Concesión; 2.) Solicitud de Cambio de Diseño por parte de la Concedente; 3.) No ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector Mercado. Son externos al concesionario, imprevisibles y ajenos a su responsabilidad y control, e hicieron mas (sic) gravoso el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y, por consiguiente, rompieron en su contra el equilibrio económico del contrato.

“**SEXTO:** Acceder a la pretensión quinta de la demanda y, en consecuencia, condenar a la convocada DISTRITO TURÍSTICO (sic) CULTURAL E HISTORICO (sic) DE SANTA MARTA a restablecer el equilibrio económico del contrato, por los desequilibrios económicos causado (sic) hasta mayo 6 de 2004 y, por consiguiente, a pagar a favor de la convocante SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A. las siguientes sumas, por los conceptos enumerados a continuación:

Concepto	Valor Base
Mayor Permanencia en obra al fin de abril 2004	\$ 4.362.600.459
Incremento de Costo de Insumos	\$668.284.924
Diseños Adicionales	\$508.389.791
Obras Adicionales	\$1.356.923.060
TOTAL	\$6.896.198.234

“En consecuencia, condenar al DISTRITO TURISTICO CULTURAL (sic) E HISTORICO DE SANTAMARTA (sic) a pagar a favor de la convocante la suma de SEIS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS.

“**SÉPTIMO:** Acceder a la pretensión SEXTA de la demanda y, en consecuencia condenar al DISTRITO TURÍSTICO (sic) CULTURAL E HISTORICO (sic) DE SANTA MARTA a pagar a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A. la suma de CUATROCIENTOS SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL TREINTA Y UN PESOS por concepto de actualización del dinero, según se estableció en la parte motiva de este laudo.

Concepto	Valor Base	Valor Actualización	Valor Actualizado
Mayor permanencia en obra al fin de abril 2004	\$4.362.600.459	\$257.592.911	\$4.620.193.370
Incremento de Costo de Insumos	\$668.284.924	\$39.459.369	\$707.744.293
Diseños Adicionales	\$508.389.791	\$30.018.244	\$538.408.035
Obras Adicionales	\$1.356.923.060	\$80.120.507	\$1.437.043.567
TOTAL	\$6.896.198.234	\$407.191.031	\$7.303.389.265

“OCTAVO: Acceder a la pretensión OCTAVA de la demanda y en consecuencia, declarar que las sumas en que ha resultado condenado el DISTRITO TURÍSTICO CULTURAL (sic) E HISTÓRICO DE SANTA MARTA, corresponden, como se ha analizado en la parte motiva, a obligaciones cuya exigibilidad se presentará después de la ejecutoria del presente Laudo y, por consiguiente, no están sujetas al acuerdo de reestructuración de pasivos que suscribió el Distrito de Santa Marta.

“NOVENO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

“DECIMO: Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

“UNDECIMO: Ordenar al DISTRITO TURISTICO CULTURAL E HISTORICO (sic) de SANTA MARTA dar cumplimiento a este Laudo en un término máximo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. En caso de presentarse mora en el pago de las sumas reconocidas en este Laudo, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“DUODECIMO: Protocolizar el presente Laudo junto con el expediente en una Notaría de esta ciudad, con cargo al rubro de protocolizaciones, de conformidad con el artículo 159 del decreto 1818 de 1998, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, sí la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

“DECIMO TERCERO: Entregar a cada una de las partes lo mismo que al señor representante del Ministerio Público, copia auténtica del presente laudo.”

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA y la SOCIEDAD CONCESIONARIA DE OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., se celebró, el 30 de septiembre de 2002, el Contrato de Concesión 001/02, el cual tenía por objeto: “...la concesión de las actividades y obras de diseño, financiación, construcción y comercialización del Mercado Público de Santa Marta y la Galería Comercial ‘El Pueblito’...” (Cláusula Tercera).

2. La cláusula compromisoria

En la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Concesión 001/02, se previó la solución arbitral de conflictos, mediante estipulación compromisoria, en los siguientes términos:

“VIGESIMA CUARTA CLAUSULA COMPROMISORIA: Las partes, incluyendo el fiador, someterán toda diferencia o litigio que surgiere en relación con la concesión o con el perfeccionamiento, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación o liquidación del presente contrato, a un Tribunal de Arbitramento. El Tribunal de Arbitramento que estará conformado por tres (3) árbitros, decidirá en derecho y se regirá en lo procesal por la ley y por los procedimientos de la Cámara de Comercio de Santa Marta. Dicho Tribunal de Arbitramento sesionará en la Cámara de Comercio de Santa Marta y tendrá una duración de seis (6) meses. El nombramiento de los Arbitros será de común acuerdo, si no fuere posible acuerdo, los árbitros serán nombrados por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Santa Marta.”

Igualmente, en la Cláusula Tercera del Acta de Reinicio del contrato, suscrita entre la Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. y el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, el 6 de mayo de 2004, se estipuló:

“TERCERA: Considerando que en la cláusula decimanovena concesión (sic) se estableció:

“(…)

“Las partes, con el propósito de propender la reiniciación del contrato, han acordado lo siguiente:

“Acuerdan someter la decisión definitiva sobre las compensaciones que, a la fecha, llegare a haber a favor de la CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., OPC S.A. al Tribunal de Arbitramento establecido en la cláusula compromisoria del Contrato.

“Dado que según lo dispuesto en la mencionada cláusula el nombramiento de los árbitros será de común acuerdo, las partes deciden integrar el Tribunal de la siguiente manera:

“Árbitros:

“Dr. MAURICIO RAMÍREZ FRANCH

“Dr. OMAR DARIO AVENDAÑO CALVO

“Dr. MARCO MEJÍA BACCA

“Para efectos de dar viabilidad al Tribunal, los honorarios y costo del mismo serán asumidos por el proyecto, sin que ello genere intereses corrientes ni moratorios en contra del Distrito de Santa Marta, ni dará lugar a su cobro inmediato a la iniciación del proyecto arbitral, como lo establece el inciso segundo del artículo 144 del decreto 1818/98, a lo cual renuncia el concesionario, quien cargara (sic) el valor de los mismos al proyecto, lo anterior sin que esto signifique una limitación a la decisión que el Honorable Tribunal tome sobre esta materia y sobre el equilibrio financiero del contrato en el Laudo correspondiente.

“Para efectos de dar celeridad al proceso arbitral las partes se comprometen a convocarlo dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma de la presente acta, en los términos y condiciones aquí pactados.”

3. La demanda arbitral

El 2 de junio de 2004, la Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A., a través de apoderado judicial, presentó ante la Corte de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, demanda arbitral contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta (fls. 2 a 64 cdn. 1), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare que durante la ejecución del contrato No.001/02 ocurrieron hechos externos al concesionario, no imputables a él, que afectaron el desarrollo del proyecto en el tiempo y por consiguiente generaron afectaciones al Programa De Trabajo PDT, los cuales aparecen narrados detalladamente en el capítulo 2 de la presente demanda.

“SEGUNDA.- Que se declare que durante la ejecución del contrato No. 001/02 las CONCEDENTES solicitaron la modificación del diseño de la plaza de mercado de Santa Marta, en relación con el proyecto contratado y que esas modificaciones no obedecen a causas imputables al Concesionario.

“TERCERA.- que (sic) se declare que durante la ejecución del contrato 001/02, ocurrieron hechos externos al concesionario, imprevisibles y ajenos a su responsabilidad y control, que hicieron más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones y, por consiguiente, rompieron, en su contra, el equilibrio económico del contrato.

“CUARTA.- Que se declare que los hechos (sic) narra detalladamente en el capítulo 2 de la presente demanda constituyen, por parte de la demandada, incumplimientos contractuales graves del contrato de concesión 001/02 y que de ellos se han generando sobrecostos y perjuicios a la convocante.

“QUINTA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la convocada a restablecer integralmente el equilibrio económico del contrato de concesión No. 001/02 y a pagar los sobrecostos y perjuicios irrogados a la convocante y, por ende, que se condene al DISTRITO DE SANTA MARTA, a indemnizar y compensar los perjuicios y sobrecostos de todo orden, causados en razón o con ocasión de los hechos narrados en la demanda, incluyendo, entre otros, los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante.

“SEXTA.- Que con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero y el costo financiero del mismo, el monto indemnizatorio y/o la compensación por los sobrecostos decretada por el Honorable Tribunal, así como todas las sumas que resulte deber la demandada a la demandante, se les aplique los (sic) previsto en el artículo 4 de la ley 80 de 1993, en cuanto a actualización e intereses.

“SEPTIMA.- Que se condene a la convocada al pago de costas del juicio y las agencias en derecho.

“OCTAVA.- Que se declare que los montos en que resulte condenada la convocada, corresponden a obligaciones exigibles en su integridad a partir del momento de la ejecutoria del laudo y, en consecuencia, tales obligaciones indemnizatorias no están sujetas al acuerdo de reestructuración de pasivos que suscribió el Distrito de Santa Marta a la luz de la ley 550 de 1999, toda vez que se trata de obligaciones de naturaleza o condición postconcurzal.

“NOVENA.- Que se ordene a la convocada dar cumplimiento al laudo arbitral a partir de su ejecutoria y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde dicha fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.”

4. La causa de la solicitud

La sociedad convocante fundamentó la solicitud de integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias surgidas con el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta a propósito del Contrato de Concesión 001/02 (fls. 2 a 64 cd. 1), en los siguientes hechos:

Que la sociedad de economía mixta MERCADO CENTRAL S.A., en calidad de Concedente adelantó una licitación pública mediante la cual adjudicó a la Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. el Contrato de Concesión 001/02, cuyo objeto es el diseño, financiación, construcción y administración del nuevo mercado de Santa Marta; en calidad de beneficiario y afianzador del contrato concurrió el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta (numeral 12 del Pliego de Condiciones y numeral 5 de la cláusula segunda del contrato, fls.3286 a 3298 cdno. No. 9).

Que en virtud de acuerdo válidamente asumido por las partes el Distrito de Santa Marta (Otrosí No. 2 de 12 de diciembre de 2003) asumió en calidad de cesionario la posición contractual que detentaba en el contrato de concesión la sociedad de economía mixta MERCADO CENTRAL S.A., ante su disolución y liquidación, no obstante que, dicho ente territorial, lo suscribió inicialmente en calidad de afianzador y con obligaciones directas (fls. 3318 a 3321 Cd. 9)

Que de acuerdo con las condiciones de contratación, el contratista suministraría en su oferta el diseño definitivo, el cual se aprobó con la adjudicación a la sociedad concesionaria.

Que parte fundamental del contrato de concesión era la entrega, tanto jurídica como material, de los bienes aportados por el Distrito, a saber: lotes donde se desarrollaría el proyecto y sobre los cuales se constituirían las garantías para la financiación del mismo, cuya entrega se realizó con más de cinco (5) meses de demora, por parte de las entidades concedentes, lo cual trastocó completamente el programa contractual de trabajo.

Que la concedente solicitó dos revisiones del diseño, el primero para incrementar el proyecto, con aumento de número de locales, y el segundo, en el sentido opuesto, disminuyéndolos, lo cual obedeció a que la concedente desconocía las necesidades de la ciudad y, por ende, el verdadero tamaño del mercado.

Que, por consiguiente, en los pliegos se hizo una solicitud de un proyecto sobredimensionado, que determinó que fuera continuamente replanteado para dimensionarlo a las reales necesidades del distrito de Santa Marta.

Que el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta entró en un proceso de reestructuración de pasivos establecido por la Ley 550 de 1999, con lo cual se hizo imposible el cierre financiero del proyecto, por la devaluación de las garantías del contrato, lo que ocasionó nuevas afectaciones al programa de trabajo del concedente.

Que las partes contratantes, al momento de celebrar el contrato, establecieron con toda precisión que los sobrecostos derivados de las reprogramaciones y de los rediseños serían asumidos por el concedente, si su causa no era atribuible al Concesionario, así como también los mecanismos con los cuales serían tasados tales perjuicios.

Que las entidades concedentes, al suscribir el Otrosí No. 2 al Contrato No. 001 de 2002, se obligaron a restablecer el equilibrio financiero del mismo, para lo cual consagraron procedimientos de valoración aplicables a tal fin.

Que, en resumen, los hechos y circunstancias que determinaron un desequilibrio económico durante la ejecución del contrato se circunscriben a la demora en la entrega material y jurídica de los predios destinados al desarrollo de la Fase 1 del PDT; la primera y segunda suspensión del contrato; el Otrosí No. 2; las demoras en el reinicio del contrato; la suscripción del acta de reinicio; las demoras en la actividad de financiación; las obras adicionales; la afectación al programa de trabajo; la primera y segunda modificación al diseño; y la disminución del objeto contratado, todo lo cual, en su concepto, fueron las causas principales de los sobrecostos y perjuicios sufridos por el concesionario y los fundamentos jurídicos de sus pretensiones.

Que, en consecuencia, correspondía al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, de acuerdo con el contenido de los Pliegos de Condiciones, la oferta, el Contrato 001 de 2002 y su otrosí, por cuanto se presentaron hechos y circunstancias imprevisibles al momento de elaborar la oferta que lo alteraron, por causas no imputables a la convocante y en virtud de riesgos no asumidos por la misma.

5. Integración del Tribunal

El 8 de julio de 2004, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal, y se profirió el Auto No. 1 en el cual se fijó la suma de los honorarios y gastos, y previa consignación de las sumas respectivas, en Auto No. 2 de 27 de julio de 2004, el Tribunal admitió la demanda ordenó correr traslado de ella y sus anexos por el término de diez (10) días al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, como parte convocada, así como también al Ministerio Público para los fines legales (fls. 3936 a 3937 cd. 13).

6. La oposición

La convocada, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, contestó oportunamente la demanda arbitral, mediante escrito de 17 de agosto de 2004, se opuso a las pretensiones, se pronunció frente a los hechos narrados en la misma, interpuso una excepción perentoria y solicitó pruebas (fls. 3940 a 3951, cdno. No.13). En particular, y luego de señalar varias cláusulas del pliego de condiciones, manifestó que, sin que se hubiera realizado el cierre financiero, no se le podía trasladar al ente territorial responsabilidades que eran del exclusivo

resorte del concesionario y que debía solventar y asumir el mismo; que no era cierto que el distrito hubiera asumido el riesgo derivado de un mayor tiempo para los trabajos, por cuanto era responsabilidad del concesionario; que las circunstancias anotadas por la sociedad convocante eran previsibles y en manera alguna alteraban el equilibrio económico del contrato, razón por la cual los sobrecostos y perjuicios señalados se salían del contexto de las obligaciones del distrito y además su valoración era desproporcionada con la realidad contractual.

Por consiguiente, y con sustento en los pliegos de condiciones y el contrato, propuso la excepción “carencia del derecho e inexistencia de la obligación”, toda vez que el concesionario tendría a su cargo la financiación del proyecto, con recursos propios, créditos, colocación de participaciones en el mercado, venta de títulos, titulaciones o cualquier otro procedimiento, conforme a la ley; y era responsable de los procedimientos, métodos de diseño y construcción que se definieran y utilizaran para llevar a cabo la ejecución completa del programa de trabajo.

7. La competencia del Tribunal

En la primera audiencia de trámite, celebrada el 3 de septiembre de 2004 (Acta No. 6), el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del proceso arbitral y decidir en derecho todas las controversias de contenido económico, en razón a que, luego de leída la cláusula compromisoria, las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas a la misma concluyó que, la controversia sometida a su consideración era susceptible de transacción, las partes plenamente capaces y se había atendido la totalidad del procedimiento previsto en la ley (fls. 3964 a 3965 cdno No. 13).

8. El Laudo arbitral

8.1. El 26 de septiembre de 2005 se celebró la audiencia de fallo (fls. 4174 a 4177 cdno. 13), en la cual el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo que se recurre (fls. 4178 a 4262 c.ppal.), bajo las siguientes consideraciones:

Que, previo al análisis de fondo, y habida cuenta de las objeciones presentadas por la convocada al dictamen pericial financiero y de ingeniería y al dictamen contable, era menester precisar que no se trataba de errores fácticos o graves,

sino de consideraciones de criterio, interpretación de normas, observaciones, preguntas extemporáneas y alegatos que, por lo mismo, no prosperaban.

Que en el caso que se sometió a su consideración la entidad concedente asumió algunos de los riesgos del contrato desde los pliegos de condiciones, tales como los relativos a la explotación del negocio o también llamado riesgo del mercado - dado que garantizó un tráfico mínimo- y los mayores costos de la construcción, lo cual quedó plasmado en el contrato suscrito y en los documentos que se generaron durante el desarrollo del proyecto.

Que, salvo expresa disposición legal en contrario, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y sin desconocer los artículos 5 y 24 No. 5 de la Ley 80 de 1993, las partes pueden definir la manera en que se distribuirán los riesgos derivados de los contratos, como en la concesión de primera generación anotada.

Que revisado el procedimiento de selección objetiva, el texto del contrato y dentro él la cláusula compromisoria, no existe dentro de ellos irregularidad alguna que conlleve a la nulidad, total ni parcial, del contrato, y por tanto, al encontrarse vigente resultaba procedente aplicar sus disposiciones para resolver la controversia que le había sido puesta a consideración.

Que, luego de revisar varias cláusulas del Pliego de Condiciones que se repiten textualmente en el contrato, es evidente que se estableció que el riesgo de las ampliaciones al plazo no imputables al concesionario, implicaría como obligación del concedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, para lo cual se previó un procedimiento a fin de valorar la afectación.

Que el pliego es claro en el sentido de que la modificación de los diseños generaría un reconocimiento económico, toda vez que, si bien el concedente se reservaba la facultad de modificar u objetar los documentos ya aprobados, debía reconocer los costos que tales modificaciones conllevaran, aún cuando ello no podía ser considerado como un incumplimiento contractual como lo pretendía el convocante.

Que de acuerdo con el Otrosí No. 2 al contrato, era evidente que la concedente también asumió la obligación de compensar los sobrecostos originados en las obras adicionales, la cual no era necesaria si ellas se originaban en una

modificación del diseño presentada por la misma concedente como ocurrió en el caso en cuestión.

Que el Distrito de Santa Marta se obligó a ejecutar las obras correspondientes al Plan Parcial de Redesarrollo del sector del mercado, lo cual no pudo iniciar debido a que pesaba sobre él una medida provisional de suspensión y formulación de pliego de cargos por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, en su calidad de autoridad ambiental.

Que no prosperaba la única excepción formulada por la entidad convocada, habida cuenta que no se podía confundir la obligación de financiar con la de asumir en forma ilimitada los riesgos económicos del contrato, y porque el concedente asumió los riesgos relativos a las extensiones de plazo, modificaciones al programa y a los diseños presentados.

Que como la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), no fue oportunamente presentada en la contestación de la demanda, o por lo menos como un hecho o afirmación en la misma, sino que sólo se esgrimió en los alegatos de conclusión, no podía prosperar, porque iría en detrimento de los derechos fundamentales del convocante, quien perdería las oportunidades procesales probatorias establecidas para su defensa ante tal excepción.

Que, en cuanto a los efectos del laudo, por disposición expresa del acta de reinicio del contrato, era claro que el Tribunal sólo podía decidir sobre los eventos acaecidos con anterioridad a la fecha de su suscripción, es decir, 6 de mayo de 2004, y por ende, en atención a tal limitación no se podían adoptar decisiones por eventos posteriores a dicha fecha.

Luego de hacer las anteriores consideraciones, el Tribunal tomó las decisiones arriba transcritas, toda vez que, una vez valoradas las pruebas del proceso, encontró que hubo demoras en la entrega de los predios objeto de la concesión, por razones imprevisibles e irresistibles no imputables al contratista, que obligó a una reprogramación del proyecto; que existió una suspensión del proyecto entre el 15 de agosto de 2003 y el 6 de mayo de 2004, por razones no imputables al concesionario, situación que dio origen a la reprogramación total del proyecto, incluidas la fases de financiación y comercialización; que si bien estaba

demostrada la variación del número de usuarios no se probó un perjuicio diferente a la necesidad de realizar un rediseño; que se presentaron modificaciones de diseño, que significaron la ejecución de obras y trabajos adicionales por parte de la concesionaria no contemplados en la oferta ni en el contrato; que el Distrito de Santa Marta no entregó oportunamente el Plan de Manejo Ambiental ni el Cronograma de Actividades, razón por la cual la autoridad ambiental (CORPOMAG), adoptó las medidas arriba citadas, y por tanto, la no ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Desarrollo, se constituyó en un hecho externo al concesionario, contrario al cumplimiento de las obligaciones del distrito.

8.2. El apoderado de la convocada, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, mediante escrito de 3 de octubre de 2005 (fls. 4265 y 4266), presentó solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo, con fundamento en el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998 y el artículo 36 del C. de P. Civil., sobre los siguientes puntos:

- a) Corregir dentro de las consideraciones (pág. 23, numeral 5), que la parte que formuló la objeción fue la convocada y no la convocante;
- b) Aclarar lo relativo a la causal de incumplimiento “inejecución del plan parcial de desarrollo a cargo del concedente”, teniendo en cuenta que dentro del texto de la demanda, ni expresa ni tácitamente, la parte convocante invoca esta causal, y no obstante ello, el Tribunal se refiere a este punto como argumento de la decisión;
- c) Complementar y aclarar lo planteado en la defensa sobre el cierre financiero, en cuanto a que, sin haberse cumplido el mismo se estuvieran trasladando responsabilidades y riesgos al ente territorial;
- d) Complementar el laudo en el sentido de compulsar copias de lo pertinente a las autoridades penales para que determinen si el concesionario se encuentra incurso en conductas penales, tales como la evasión de impuestos.

8.3. En auto del 11 de octubre de 2005, emitido en audiencia y notificado en estrados a las partes, el Tribunal resolvió la solicitud de aclaración y corrección presentada por la convocada (fls. 4267 a 4276), así:

- a) No accedió a la corrección de que trata la primera petición, porque no se trataba de un error aritmético sino de digitación que no tuvo incidencia en la decisión.
- b) No aceptó aclarar lo relativo al incumplimiento por “inejecución del plan parcial de desarrollo a cargo del concedente”, porque la demanda si trató el asunto cuando narró la suscripción del Otrosí, del cual adjuntó copia así como de las resoluciones expedidas por la CORPAMAG que dan cuenta de este punto. También, advierte, la observación corresponde a la parte motiva y no a la resolutive, sin que hubiera explicado además los motivos que originan la duda.
- c) No estimó procedente complementar y aclarar lo planteado sobre el cierre financiero, por cuanto consideró que esta solicitud pretende revivir la litis lo cual está vedado en este trámite. En forma adicional, mencionó que en varios apartes del laudo se evidencia que el asunto fue tratado y analizado, encontrando que fueron las partes quienes establecieron que las demoras del cierre financiero y la suspensión del contrato obedecieron a causas no imputables al concesionario y que por dichas razones procedía el restablecimiento del desequilibrio económico del mismo.
- d) Tampoco accedió a complementar el laudo para compulsar copias de lo pertinente a las autoridades penales por una presunta evasión de impuestos, porque advierte que no se encontró que en la normatividad existiera un tipo penal con tal denominación, y de existir alguna irregularidad la competencia sería de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, sumado a que cualquier controversia relacionada con aspectos jurídico contables escapaba de la órbita de competencia del Tribunal. Además, no era posible, en virtud de la intangibilidad del laudo, revivir con la solicitud de aclaraciones la controversia jurídica para mejorar o empeorar la posición de uno de los sujetos procesales.

9. La impugnación

9.1. Del Procurador Judicial No. 43 de Asuntos Administrativos

El Agente del Ministerio Público interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido, mediante el cual solicitó que se declarara probada la causal de objeto o causa ilícita del Contrato de Concesión No. 001-02, y como consecuencia, pidió la nulidad absoluta del laudo arbitral para dejar sin efectos su parte resolutive, con base en que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y bajo la consideración de que estando el Distrito de Santa Marta en una grave crisis financiera, económica y administrativa no tenía para la fecha de celebración del citado contrato, capacidad alguna para cumplir las obligaciones derivadas del mismo (adjunta certificación expedida por la Secretaria de Hacienda Distrital).

9.2. De la convocada: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, oportunamente el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, formuló el 19 de octubre de 2005 recurso de anulación contra el mismo (fls. 4288 a 4317 cdno. principal), para lo cual invocó como causales: 1) Nulidad absoluta del Proceso Arbitral; y 2) Recaer el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

En cuanto a la primera, aduce que el contrato de concesión es nulo absolutamente, por haberse celebrado con causa y objeto ilícitos ante la imposibilidad jurídica, material y moral por parte del Distrito de cumplir con las obligaciones asumidas en virtud del mismo, teniendo en cuenta la grave situación financiera por la que atravesaba al momento de su celebración (aporta certificación expedida por la Secretaria de Hacienda Distrital).

En cuanto a la segunda, manifestó que dentro del acuerdo celebrado por las partes el 6 de mayo de 2004, que consta en el documento "Acta de Reinicio de un Contrato", no se encuentra lo relacionado con el incumplimiento del contrato por parte del Distrito y que fueron abordados por el tribunal sin tener competencia.

El recuento, la sustentación y el análisis del recurso presentado se realizará en la parte considerativa de la presente providencia.

10. Los alegatos al recurso

En la oportunidad correspondiente, la Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. rechazó el resumen presentado del proceso y sus interpretaciones por parte de la convocada, presentó sus alegatos frente a los recursos impetrados por ésta y por el Ministerio Público (fls. 4344 a 4359), solicitó resolverlos negativamente y no anular el laudo arbitral del 26 de septiembre de 2005, a partir de los siguientes argumentos:

10.1. Respecto de la causal de nulidad por objeto y causa ilícitos, manifestó, en primer término, que los escritos del Procurador Judicial 43 para Asuntos Administrativos, y del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta están acompañados de documentos que pretenden hacer valer como pruebas y que nunca formaron parte del expediente, los cuales no acepta pues considera que no es posible que sean debatidos en sede de este recurso extraordinario, que no tiene establecida una etapa probatoria, pues ello sería una violación al derecho de defensa y reviviría el debate probatorio. Considera, entonces, que no pueden ser valorados, toda vez que el trámite de este recurso debe ser resuelto exclusivamente con base en el expediente y en las alegaciones jurídicas de las partes.

En segundo término, señala que no son ciertos los fundamentos fácticos y jurídicos presentados para sustentar el recurso en relación con la primera causal invocada por los recurrentes. En efecto, expone que los argumentos de los impugnantes fundamentados a partir de la Cláusula 15 num. 4¹, según los cuales el distrito debía ejecutar directamente las obras, pagar la ejecución de las mismas con cargo al presupuesto de 2002 y afectar las finanzas distritales, no se ajustan al contrato.

En su concepto, dicha cláusula debe interpretarse en concordancia con la Ley 388 de 1997 (artículos 39 y 36 parágrafo), en lo referente a las Unidades de Actuación Urbanística, como manera de vincular obligatoriamente a los propietarios individuales en la actuación urbanística, para la ejecución directa de obras por parte de los propietarios de los predios comprendidos en la respectiva unidad, razón por la cual el Distrito no debía ejecutarlas directamente, como lo entienden los recurrentes.

¹ Dispuso que el Distrito de Santa Marta garantizara la realización de unas obras urbanísticas, adecuación de las áreas de uso peatonal y vías aledañas a los lotes entregados en concesión en los términos y concesiones del plan parcial de redesarrollo del sector del Mercado Público.

Por consiguiente, concluye que el numeral 4 de la Cláusula 15 del contrato no contiene específicamente una obligación de dar, pagar o ejecutar, sino una obligación de hacer a cargo del distrito, en el sentido de garantizar, que en los términos de los artículos 36 y 39 de la Ley 388 de 1999, fueran ejecutadas las obras previstas en la Unidad de Actuación Urbanística 1 (UAU-1) contenida en el Plan Parcial de Redesarrollo, mediante el reparto equitativo de las cargas y beneficios y procedimientos, tales como la valorización y la plusvalía, o la vinculación obligatoria de los propietarios individuales cuyos predios quedan comprendidos en dicha unidad, formas todas éstas de financiamiento plenamente conocidas por el distrito, de acuerdo “con el acta de la reunión sostenida el 1 de junio de 2005” -sic-.

Que, de otra parte, la citada cláusula debe ser interpretada a la luz de la cláusula vigésima del mismo contrato, según la cual al momento de suscribirlo no se requería de apropiación presupuestal, en tanto se conocía que el alcance de las obligaciones de la concedente no afectaba el presupuesto, de suerte que no puede ser de recibo el argumento de que el contrato es nulo cuando se estableció con suficiente fundamento fáctico y jurídico que no se necesitaba dicha apropiación.

Que son varias las disposiciones administrativas que contemplaron el Desarrollo Urbano del Mercado Público de la ciudad: Acuerdo Distrital No. 001 de 17 de enero de 2001, en el cual el Concejo facultó al Alcalde para obtener recursos para financiar las obras; Acuerdo 007 de 22 de mayo 2002, Plan de Desarrollo, en el que se incluyó tanto el proyecto como en general la forma de financiar el plan; Acuerdo 20 de 23 de noviembre de 2001, en el que se ordena los reglamentos para la solución del mercado público y la recuperación del espacio público; Plan Parcial de Redesarrollo, que formó parte de los pliegos de condiciones de la licitación de la concesión y en el que se describen la concertación y financiación de obras propuestas; Resolución 1158 de 2002 de CORPAMAG, que aprueba el Plan Parcial de Redesarrollo; Acuerdo Distrital No. 02 de 28 de abril de 2005, que destina recursos provenientes de valorización para el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado.

Que, en tal virtud, el Plan Parcial para el Redesarrollo del Sector del Mercado había sido ordenado en cuatro acuerdos del Concejo Distrital, dos decretos del

Alcalde y dos resoluciones de la Autoridad Ambiental, que lo catalogaban como un proyecto prioritario, establecían los mecanismos para su ejecución y están cobijados por la presunción de legalidad, motivo por el cual no puede predicarse la nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos del contrato por ajustarse a la ley y a los acuerdos distritales correspondientes.

Que, de otra parte, era importante aclarar que el presupuesto de más de \$13.000.000.000 millones de pesos, que mencionan los impugnantes no se relaciona con la Cláusula 15 num. 4 del Contrato de Concesión 001 de 2002, sino que se refiere a la implementación de todo el Plan de Redesarrollo del Sector Mercado, que incluye la contratación de estudios y asesorías, la ejecución de programas sociales, la ejecución directa de obras y demás actividades previstas para 60 manzanas y 6 barrios, no estando, por lo demás, advertir que el distrito desarrolla otros planes de costos mayores, como el del centro, que son prueba clara de que la situación financiera del distrito no le impide la ejecución de obras.

10.2. En relación con la segunda causal invocada por la convocada en el recurso puntualizó que la cláusula compromisoria incluyó, sin salvedad alguna, todos los extremos puestos a consideración del Tribunal de Arbitramento, y expresamente lo relativo a la ejecución y cumplimiento del contrato.

Además, considera que el acta de reinicio no modificó esta cláusula, y que el recurrente basa su argumentación en citas incompletas y fuera de contexto, porque en ella, por el contrario, se manifiesta la decisión de acudir al Tribunal y, en cumplimiento de la misma, se designan los árbitros, y se someten a estudio las compensaciones e incidencias hasta esa fecha sin distinción alguna. Además, el listado elaborado en la misma no puede entenderse taxativo, en tanto, incluso, se introduce la expresión “y otras incidencias en el contrato”.

Por último, señala que el recurrente en ninguna etapa del proceso arbitral manifestó o se pronunció en relación con la falta de competencia del Tribunal, y esgrimirlo en esta sede atenta contra la lealtad procesal. No puede, agrega, entenderse que la solicitud de aclaraciones o complementaciones se refiere a este aspecto, que fue debidamente absuelto por el tribunal, pues es sustancialmente diferente referirse a la imposibilidad de adelantar las actuaciones previstas en el Plan Parcial por los incumplimientos del ente territorial en sus obligaciones de

materia ambiental, de la posibilidad que tiene el tribunal de decidir sobre el cumplimiento del contrato.

11. El concepto del Ministerio Público

El Señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el cual consideró que el recurso extraordinario de anulación debe ser declarado infundado, toda vez que los cuestionamientos del recurrente no configuran ninguna de las causales de anulación previstas en la ley (fls. 4362 a 4374 cdno. No. 1 principal).

Menciona que el sometimiento de las diferencias a un tribunal de arbitramento exige que en la cláusula compromisoria -o el compromiso-, se determine el objeto de la controversia, lo que, para el caso, ocurrió en el Contrato de Concesión 001 de 2002, suscrito el 30 de septiembre de 2002, según se desprende de su cláusula vigésima cuarta, en la que las partes expresamente manifestaron su voluntad de someter las controversias contractuales a la justicia arbitral.

Que el arbitramento, por su naturaleza jurídica, no goza de una segunda instancia, en tanto la decisión del recurso del tribunal no es susceptible de examen de fondo por ninguna otra autoridad.

Que la ley consagró el recurso extraordinario contra laudos, con el objeto de verificar si ocurrieron algunos yerros, previamente determinados por el legislador, que pudieran afectar su validez, y que, para el caso, se encuentran previstos en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, de manera taxativa y sin que admita aplicación analógica.

Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta sección y el denominado principio dispositivo que anima el recurso de anulación, no le es dable al juez interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada, y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso. (Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros)

Que para la delegada no resultaban válidas las argumentaciones de los recurrentes, por cuanto la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos que, en su criterio, vicia el contrato, no está prevista dentro de las causales de anulación para laudos que de manera taxativa consagró el legislador.

Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sección según los límites en la competencia del Consejo de Estado, en vía del recurso de anulación no es posible jurídicamente pronunciarse sobre la validez del negocio jurídico celebrado entre las partes demandante y demandada en el proceso arbitral, porque no es causal para el recurso ante esta jurisdicción y en sede del mismo no se actúa como juez de un asunto ordinario.

Que aún el evento en que el contrato de concesión estuviere viciado de nulidad, la misma no se traslada *per se* a la cláusula compromisoria, en tanto ésta es independiente del contrato que la contiene, conforme con lo dispuesto en el párrafo del artículo 114 de la Ley 446 de 1998.

Que, en relación con la nulidad absoluta del pacto o de la cláusula compromisoria (no del contrato de concesión), resulta pertinente, concluir a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, que el contenido del pacto arbitral y el acuerdo que delimitó la convocatoria, no son contrarios a la ley, es decir, que no están viciados de nulidad.

Que sobre la segunda causal invocada, esto es, “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión o haber concedido más de lo pedido”, observa que la ejecución del contrato o el incumplimiento demandado en una de sus obligaciones contractuales y sus consecuencias frente al contratista, es un aspecto de carácter económico y de carácter transigible, que de manera especial en cuanto a la “ejecución” es objeto de ser dirimible por la justicia arbitral, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 80 de 1993. Es decir, que por ley, el punto relativo al cumplimiento de la obligación del Plan Parcial de Redesarrollo en el Sector Mercado, a cargo del Distrito, podía resolverse por el Tribunal de Arbitramento.

Que de acuerdo con la cláusula vigésima cuarta del contrato que establece la cláusula compromisoria, el Acta de 6 de mayo de 2004, el Otrosí No. 2 de 12 de

diciembre de 2003, y lo solicitado y narrado en la demanda, se deduce que no era ajena al conflicto que se sometió al arbitramento la obligación relacionada con el Plan de Redesarrollo del Sector Mercado y, por lo mismo, se debe concluir que los incumplimientos sobre los cuales decidió el laudo no están por fuera de aquellos que las partes pusieron a su conocimiento, amén de que notificada en estrados en la respectiva audiencia la asunción de competencia por parte del Tribunal, las partes manifestaron que no tenían objeción alguna al respecto.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de anulación interpuesto por el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, y por el Procurador Judicial No. 43 de Asuntos Administrativo de Santa Marta, en su condición de Agente del Ministerio Público contra el laudo arbitral proferido el 26 de septiembre de 2005 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad territorial y la SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., con ocasión del Contrato de Concesión No. 001 de 30 de septiembre de 2002, sus adicionales y otrosí, la Sala abordará en primer término la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; en segundo término, hará una breve referencia en relación con los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos y, posteriormente, estudiará los cargos formulados en el caso concreto.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer privativamente y en única instancia 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” (numeral 5 del artículo 128 del C. C. A., compilado por el inciso 5 del artículo 36 del Decreto 1818 de 1988; inciso 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993).

El laudo arbitral bajo estudio fue proferido para dirimir el conflicto surgido por la ejecución de un contrato cuyas partes son una entidad de derecho público, Distrito

Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta², y una persona jurídica de derecho privado, Sociedad Concesionaria de Obras del Caribe S.A., el cual tiene por objeto "...la concesión de las actividades y obras de diseño, financiación, construcción y comercialización del Mercado Público de Santa Marta y la Galería Comercial 'El Pueblito'...".

Por consiguiente, se trata de un negocio jurídico en que una de las partes es de aquellas entidades a las que se refiere el aparte a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, entra dentro de la definición de contrato estatal contemplada en el artículo 32 de esa ley y es por ese estatuto que se rige, en lo allí previsto.

2. Del arbitramento y del recurso de anulación

2.1. De conformidad con el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 -el cual compila el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1 del Decreto 2279 de 1989-, el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. Así, el arreglo de un conflicto presente o futuro en una relación jurídica, en el que se encuentren involucrados derechos con proyección económica, renunciables, disponibles y, por ende, susceptibles de transacción, puede someterse por las partes vinculadas a dicha relación a este procedimiento heterocompositivo de administración de justicia, con lo cual excluyen la contención y diferencia del conocimiento de la justicia ordinaria.

A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116³ y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia las

2 El Distrito de Santa Marta mediante Otrosí No. 2 de 12 de diciembre de 2003 asumió en calidad de cesionario la posición contractual que detentaba en el contrato de concesión la sociedad de economía mixta MERCADO CENTRAL S.A., ante su disolución y liquidación.

3 ART. 116.—Modificado. A. L. 03/2002, art. 1º. "...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...". Disposición concordante con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes (artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).

La cláusula compromisoria constituye un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, pero autónomo en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte, en virtud del cual los contratantes previamente acuerdan el sometimiento de las diferencias eventuales y futuras a la decisión del Tribunal Arbitral; en cambio, el compromiso, es un negocio jurídico que celebran las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, para resolverlo a través del Tribunal Arbitral (artículos 116, 118 y 119 Decreto 1818 de 1998). Una y otra figura tienen origen y justificación en un contrato, y el propósito de solucionar en forma ágil las diferencias y discrepancias que surjan entre las partes con ocasión de su desarrollo.

Por lo que a su decisión se refiere, el arbitraje en general puede ser en derecho, en equidad y técnico (artículo 115 del Decreto 1818 de 1998); en cuanto al primero, la decisión se fundamenta en el derecho positivo vigente; en cuando al segundo, la decisión se fundamenta en el sentido común y la equidad; y en el último caso, en razón a los específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

En materia de contratación estatal, los artículos 70 y ss. de Ley 80 de 1993, (compilados a su vez por los artículos 228 y ss. del Decreto 1818 de 1998), permiten que las partes puedan pactar en los contratos estatales la cláusula compromisoria o solicitar a la otra la suscripción de un compromiso a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas controversias que puedan surgir o se presenten, según se trate, por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, arbitramento que será únicamente en derecho, sin que obste para dar cabida al arbitraje técnico cuando se pacte para resolver una discrepancia de esta exclusiva naturaleza (artículo 74 *ibídem*).

Algunas de las notas predominantes de esta institución para resolver en derecho conflictos derivados y originados en un contrato estatal, se pueden concretar en los siguientes enunciados a saber:

- i) Es un mecanismo de heterocomposición de conflictos, que nace del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, expresada de manera recíproca al momento de contratar o posteriormente a la celebración del contrato.
- ii) Dicho pacto habilita a particulares denominados árbitros para resolver un conflicto de manera temporal y limitada a la materia, razón por la cual se convierten transitoriamente en verdaderos jueces del asunto en concreto.
- iii) Las partes -salvo excepción legal- renuncian a hacer valer sus controversias ante la jurisdicción institucional (artículos 144 y 146 Decreto 1818 de 1998).
- iv) La materia y extensión de conocimiento de los árbitros se encuentra delimitada por las partes, y por la ley, en tanto sólo procede sobre conflictos de carácter particular y económico con carácter transigible de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa en virtud de la acción de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (concordante con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993), con las restricciones previstas en el ordenamiento jurídico.
- v) Es una justicia administrada por particulares en única instancia, cuya decisión expresada en una providencia denominada laudo, obliga a las partes que a ella se sujetan para resolver sus discrepancias, en tanto aquél tiene la misma naturaleza y efectos de las sentencias proferidas por la jurisdicción.
- vi) El arbitramento, por esencia, no contempla una segunda instancia y, por ende, sobre la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento, no es posible, por regla general, replantear el debate acerca del fondo del proceso, con el fin de que sea examinado por otra autoridad.

A manera de conclusión se puede señalar que el ordenamiento jurídico estableció el arbitramento como una opción alternativa a la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir las controversias generadas a propósito de los

contratos estatales, regida por unos procedimientos y trámites propios, que activan de manera libre y voluntaria las partes del mismo y al cual quedan sometidos una vez celebrado el respectivo pacto arbitral.

2.2. Cabe precisar que para remediar judicialmente las situaciones en las que se incurre en defectos y errores *in procedendo* en los laudos, que vician la justicia que a través de ellos se imparte, la ley instituyó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, el cual sólo procede por causales taxativamente establecidas, y puede interponerse por cualquiera de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, mediante escrito que deberá presentarse ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento que lo profirió.

Es así como, en razón a la materia objeto de la controversia, esto es, para los eventos referidos a los laudos que diriman conflictos suscitados por contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, el artículo 72 de este estatuto (compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998)⁴, estableció de manera especial las causales del recurso de anulación contra los mismos, así:

“1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

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

“3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

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

“5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en la

4 La Sala ha manifestado que las causales instituidas en normas anteriores, como en el Decreto 2779 de 1989, no son aplicables contra laudos que versen sobre contratos estatales. En este sentido ver, por ejemplo: Sentencia de 1 de agosto de 2002; Exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 9 de agosto de 2001, Exp.19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

norma transcrita⁵. Así, el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, impone la obligación de rechazar el recurso cuando no se invoque una de las causales taxativamente previstas en la ley, y de sustentarlo una vez avocado su conocimiento y corrido el traslado para ello, so pena de declararlo desierto por tal omisión.

De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado⁶, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades:

- i) El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos.
- ii) El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in judicando*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no

5 En este sentido ver: sentencias de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esta última la Sala dijo: “De modo que los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por razones que no encajen en alguna de las causales enumeradas (las del art. 72 Ley 80 de 1993), las cuales deberán ser expresamente alegadas por el recurrente y no pueden ser aplicadas por analogía a otras circunstancias ni extendidas a situaciones que no correspondan a las previstas por el legislador, ni pueden ser modificadas por las partes”.

6 Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809 y el 24 de octubre de 1996, Exp. 11632. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797, de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en esta última se hace una descripción de los límites a los que está sometido el juez de anulación.

un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal.

- iii) En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló, cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.
- iv) Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra.⁷
- v) Sin embargo, ha manifestado la Sala que cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos a saber: a) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, caso en el cual procede su declaratoria incluso de oficio y, por ende, invalida también el laudo⁸; y b) en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política⁹.

Por lo anterior, se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación

7 Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; y Sentencia de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

8 Sentencia de 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

9 Sentencia de 19 de junio de 2000. Exp. 16724, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. 19334, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

3. Del recurso de anulación en el caso concreto

El agente del Ministerio Público así como la convocada Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, invocan en sus respectivos recursos como causal la nulidad absoluta del laudo arbitral derivada de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2002; adicionalmente, el distrito aduce una segunda causal relacionada con que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

Precisado lo anterior, y bajo los criterios jurídicos expuestos, la Sala analizará si los cargos endilgados por los recurrentes configuran causales de anulación del laudo arbitral de conformidad con lo previsto en la ley.

3.1. Primer Cargo: “Nulidad Absoluta del Proceso Arbitral”, con fundamento en el objeto y causa ilícitos del Contrato de Concesión 01 de 30 de septiembre de 2002.

3.1.1 Sustentación del recurso por el Procurador Judicial No. 43 de Asuntos Administrativos

El Agente del Ministerio Público explicó este cargo¹⁰, así:

Que de conformidad con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 36 del Decreto ley 1818 de 1998, inciso 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado es competente para conocer 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.

10 Respecto de la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de anulación por parte del Ministerio Público, la Sala se ha pronunciado a favor de su legitimación para ello, derivada del artículo 277 de C.P. en concordancia con el artículo 44 del Decreto 262 de 2000. Ver: Sentencia de 11 de abril de 2000, Exp. 21652, C.P Alíer Hernández Enríquez.

Que no obstante que la causal de objeto y causa ilícitas no está contemplada dentro de las que señala el artículo 72 de la ley 80 de 1993, en manera alguna impide su invocación, en especial, a partir de fallos recientes proferidos de manera específica por el Consejo de Estado, en los cuales admite su prosperidad aún oficiosamente, cuando se observa en el proceso su configuración. (Sentencia de 11 de marzo de 2000).

Que si bien en materia arbitral el ordenamiento jurídico define un proceder judicial y unas consecuencias del mismo, que impedirían al Consejo de Estado estudiar el fondo del laudo, excepcionalmente la jurisdicción contenciosa puede entrar a decidir de fondo aspectos relativos con la nulidad de los contratos, cuando los mismos se hayan celebrado con causa u objeto ilícitos (Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25.550).

Que en el *sub lite* se estructura la causa y objeto ilícitos en la medida en que estando el Distrito de Santa Marta en una grave crisis financiera, económica y administrativa no tenía para la fecha de celebración del Contrato de Concesión 001 de 2002, capacidad alguna para cumplir con sus obligaciones, derivadas del contrato, que ascendía a la suma aproximada de treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000), valor éste que equivale a la construcción de todas las obras urbanísticas contempladas en el plan parcial.

Que la capacidad para contratar se encuentra para bien del tesoro público, sujeta a precisos requisitos, permitiendo que la intervención de la administración en sus distintos niveles, sea armónica y ordenada en el campo social y económico, y no como sucede en el caso sometido a consideración, desproporcionada y gravemente dañosa para el patrimonio del Distrito de Santa Marta, que se vería avocado a otros fallos condenatorios por el incumplimiento de obligaciones gravosas e imposibles de cumplir.

Que el artículo 352 de la Constitución Política señala que la ley orgánica del presupuesto determina, entre otros aspectos, la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Que la crisis financiera del Distrito de Santa Marta, era de una gran magnitud entre el periodo comprendido entre los años de 1997 a 2003, cuya consecuencia era la imposibilidad de financiar sus gastos corrientes con sus ingresos corrientes,

conforme lo señala la Secretaría de Hacienda Distrital en certificación expedida el día 14 de octubre de 2005, que se acompaña como prueba (fls. 4282 a 4287 cdno. principal).

Que en el contrato de concesión que dio origen al laudo arbitral cuestionado, en particular las obligaciones especiales del Distrito de Santa Marta, establecidas en la Cláusula Décima Quinta num. 4. por la situación financiera y económica del ente territorial, resulta en la práctica material, jurídica y moralmente imposible de cumplir y, por ende, es aquí donde se origina una causa ilícita, habida cuenta de que el Distrito se ha mantenido en permanente incumplimiento, que incluso afectó la constitución del cierre financiero.

3.1.2. Sustentación del recurso por la convocada: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Cartagena

Una vez realizado por el impugnante un recuento sobre las decisiones adoptadas en el fallo y un resumen sobre el proceso y los hechos que fueron materia del litigio ante el Tribunal Arbitral, destaca que las obligaciones del Distrito de Santa Marta, en especial las de cumplir el plan parcial de redesarrollo del Sector de Mercado Público establecidas en la Cláusula Décimo Quinta num. 4. del contrato de concesión, a pesos de 2002, fecha de su celebración, ascendían a una suma \$13.775.413.581 millones.

Que, ante tal monto, no se explica de dónde y cómo los obtendría el Distrito a sabiendas de la grave crisis económica, financiera y administrativa por la que venía atravesando desde 1997, la cual era de público conocimiento, prueba de ello es que al año siguiente de la celebración del contrato, principios de 2003, tuvo que intervenir al distrito en los términos de la Ley 550 de 1999.

Que, en tales condiciones, desde un comienzo se daba por descontado, incluso mucho antes de su celebración y firma del contrato, que el distrito dada su grave crisis incumpliría sus obligaciones, como evidentemente ocurrió con detrimento de su patrimonio y el de la comunidad.

Que, precisamente, en el Acta de 6 de mayo relativa al acuerdo de reinicio, se señaló expresamente que el distrito no estaba en condiciones de acordar lo

relacionado con demoras, reprogramaciones, cambios de diseño, variaciones de mercado, inversiones no previas y sus incidencias en el contrato, por su situación fiscal.

Que, en consecuencia, el contrato de concesión es nulo absolutamente, por haberse celebrado con causa y objeto ilícitos ante la imposibilidad jurídica, material y moral por parte del Distrito en cumplir con obligaciones de tal magnitud y naturaleza que nunca debieron pactarse y a las cuales se aferró el concesionario para mantener en estado de incumplimiento al distrito y para justificar el cierre financiero a que estaba obligado contractualmente.

Que a pesar de no haberse planteado en el trámite arbitral la causal de nulidad del contrato por causa y objeto ilícitos, es pertinente precisar que los requisitos formales para su declaratoria se encuentran cumplidos a cabalidad, por ser insaneable.

Que es procedente la causal invocada porque el contrato de concesión, en cuyo clausulado se incluyó la cláusula compromisoria, que sirvió de base para la integración del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo el 26 de septiembre de 2005, está afectado de nulidad absoluta.

Que el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, autoriza aplicar lo consagrado en el numeral 1 del artículo 38 del Decreto 1818, según el cual el trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Que, por consiguiente, la causal de nulidad absoluta del Proceso Arbitral, se encuentra contemplada en el numeral 1 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la cual es de pleno recibo en el *sub lite*, pues la normatividad contractual administrativa permite su aplicación respecto de los recursos interpuestos contra laudos arbitrales que pongan fin a controversias derivadas de contratos estatales.

Que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en el evento de que se resolviera que no cabe la causal esgrimida, siguiendo las tesis recientemente adoptadas por el Consejo de Estado (Sentencias Exp. 22195 de 4 de julio de 1992, Exp. 21041 de 1 de agosto de 2002, Exp. 25560 de 25 de noviembre de 2004), es obligatorio concluir que la presente causal de anulación debe ser declarada aún de oficio, en ejercicio de la facultades consagradas en el artículo 87 del C.C.A., por cuanto, en

su criterio, es un hecho probado que el presente trámite se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1524 del Código Civil en concordancia con el artículo 1742 *ibídem*.

3.1.3. Consideraciones de la Sala

La causal invocada expresamente en el recurso por la parte convocada para encajar el presente cargo esgrimido contra el laudo arbitral, corresponde al numeral 1° del artículo 163 Decreto 1818 de 1998 (compilado del numeral 1° artículo 38 Decreto 2279 de 1989), que es del siguiente tenor:

“1. La nulidad absoluta del pacto proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo”

Cabe observar que el ordenamiento jurídico establece dos sistemas de causales para la procedencia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, uno en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y otro, consagrado en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 de aquel decreto, que se aplican dependiendo de la materia o asunto objeto de la controversia, esto es, si se trata de controversias derivadas de contratos regidos por el derecho privado o de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

Es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios del procedimiento adelantado por los árbitros, sin entrar, en principio, al fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros. Y si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 son menos que aquellas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coinciden las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 del 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en

las citadas normas, dependiendo claro está de sí se trata de contratos de la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado¹¹, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la citada ley.

La conclusión anterior no ha impedido a la jurisprudencia de la Sección adoptar el criterio de que cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, procede su declaratoria de oficio. En sentencia proferida el 8 de junio de 2000 (Exp. 16973), la Sala afirmó:

“... el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado. De otra parte, es claro que el juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo, si se reúnen las exigencias legales. En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate. La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a “La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.” En efecto, su inclusión habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo -como es- indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para resolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas.”

En este sentido, si bien el hecho mencionado no se encuentra previsto como causal de anulación para los asuntos contractuales regidos por el estatuto de contratación de la administración pública, habida cuenta de que esa normativa las

11 En este sentido ver: sentencias de 27 abril de 1999, Exp. 15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y de 2 de octubre de 2003, Exp. 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esta última la Sala dijo: “De modo que los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por razones que no encajen en alguna de las causales enumeradas (las del art. 72 Ley 80 de 1993), las cuales deberán ser expresamente alegadas por el recurrente y no pueden ser aplicadas por analogía a otras circunstancias ni extendidas a situaciones que no correspondan a las previstas por el legislador, ni pueden ser modificadas por las partes”.

establece de manera especial y taxativa, lo cierto es que cuando la cláusula compromisoria esté afectada en forma evidente de objeto o causa ilícita, el juez del recurso tiene la facultad y el deber legal de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de la misma, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, de conformidad con lo previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.¹²

No obstante, la Sala observa que la argumentación tanto del Procurador Judicial 43 de Asuntos Administrativos de Santa Marta como de la convocada para sustentar esta acusación contra el laudo, en esencia, no se refiere a la nulidad del pacto arbitral, sino que se concreta en la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita del Contrato de Concesión 001 de 2002, porque el Distrito no tenía como ejecutar y cumplir las obligaciones asumidas con el mismo debido a que atravesaba una grave situación financiera al momento de su celebración y ejecución.

Empero, la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos del contrato sobre el cual recae el pronunciamiento del laudo arbitral en virtud de la cláusula compromisoria o el compromiso que somete a árbitros las diferencias o controversias con ocasión al mismo, según se explicó en las generalidades del recurso, no está prevista dentro de las causales de anulación que para laudos de manera taxativa consagró el legislador.

De ahí que el cargo no está llamado a prosperar, habida cuenta de que la jurisprudencia de esta Sección, que ahora reitera, tal y como lo expuso el Ministerio Público, ha sido enfática en señalar que de conformidad con los límites de la competencia del Consejo de Estado en el estudio del recurso de anulación, no es posible jurídicamente pronunciarse sobre la validez del negocio jurídico celebrado entre las partes demandante y demandada en el proceso arbitral, porque no es causal para el recurso ante esta jurisdicción y porque no actúa como juez de un asunto ordinario, sino como juez de anulación que no puede, como se

¹² Ver entre otras Sentencias de la Sección: 8 de junio de 2000, Exp.16.973, C.P. Alier Hernández Enríquez; 4 de julio de 2002, Exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 1 de agosto de 2002, Exp. 21041, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 11 de marzo de 2004, Exp. 25021, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez; 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

dijo, en principio, estudiar de fondo el asunto que se sometió a la consideración de los árbitros.¹³ En efecto, al respecto ha dicho la Sala:

...tratándose del trámite del recurso de anulación de un laudo arbitral, debe precisarse que la facultad indicada está referida, exclusivamente, a la declaración de la nulidad absoluta de la cláusula arbitral o del compromiso pactados por las partes con el fin de habilitar a los árbitros -de manera excepcional y transitoria- para administrar justicia. Una conclusión diferente, en el sentido de que dicha facultad estuviera referida a la declaración de nulidad de cualquier otro contrato celebrado entre las partes, implicaría invadir las competencias del respectivo tribunal de arbitramento y desconocer la naturaleza misma del recurso de anulación, cuyo objeto es la corrección de errores *in procedendo*, y no *in judicando*, lo que se deduce claramente del contenido mismo de las causales legales.^{14”15}

En consecuencia, insiste la Sala: i) que quien pretenda la anulación del laudo arbitral debe invocar alguna de las causales previstas por la ley al efecto y sustentarla adecuadamente, señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que encajan dentro de una de las causales previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993¹⁶, y ii) el recurso de anulación es de naturaleza extraordinaria y tiene por objeto la anulación o modificación de la decisión arbitral cuando contiene errores de procedimiento, *in procedendo*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en lo relativo a cuestiones de mérito o de fondo, como es, la nulidad del contrato sobre el cual versa el pacto arbitral, asunto que es de competencia de los árbitros.

Con todo, es importante mencionar que en el laudo expresamente se consignó por los árbitros que revisado el procedimiento de selección objetiva, el texto del contrato y dentro él la cláusula compromisoria, no existía dentro de ellos irregularidad alguna que conllevar a la nulidad, total ni parcial, del contrato, y por tanto, al encontrarse vigente resultaba procedente aplicar sus disposiciones para resolver la controversia que le había sido puesta a consideración.

13 Ídem.

“14 Ver, sobre estos aspectos, entre otras, las sentencias proferidas por esta Sala el 15 de mayo de 1992, actor: Carbones de Colombia S.A. Carbocol, y el 4 de mayo de 2000, expediente 16.766.”

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de abril de 2000, Exp. 21652 C.P Alier Hernández Enriquez.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

En forma adicional, se comparte el concepto del Ministerio Público ante esta Corporación, en el sentido de que en el evento en que un contrato con pacto arbitral estuviere viciado de nulidad, la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y validez del mismo, conforme al parágrafo del artículo 114 de la Ley 446 de 1998, y además de que revisada la cláusula compromisoria no se vislumbra de ella nulidad por objeto o causa ilícitas.

Por lo anterior, el presente cargo no prospera.

3.2. Segundo Cargo: Recaer el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido. Causal 4º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

3.2.1. Sustentación del cargo

Expone el censor que los argumentos que sustentan la presente causal fueron oportunamente alegados ante el Tribunal de Arbitramento, mediante el memorial de 2 de octubre de 2005, en virtud del cual se solicitó aclarar el laudo arbitral, en cuanto al punto relativo al incumplimiento del contrato por parte del Distrito, que, en su opinión, no quedó incluido dentro del acuerdo celebrado por las partes el 6 de mayo de 2004 en el documento denominado “Acta de Reinicio de un Contrato”.

Que, en consecuencia, solicita anular en su integridad la parte resolutive del fallo que corresponde en esencia a la declaratoria de incumplimiento por parte del Distrito de Santa Marta, materia que no fue acordada por las partes contratantes en el acta de reinicio de 6 de mayo de 2004, pero que no obstante la abordó el Tribunal de Arbitramento, careciendo en este aspecto de competencia, por no haber sido sometido a su conocimiento por las partes.

3.2.2. Consideraciones de la Sala

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.¹⁷

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:

- 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
- 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).

17 Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. “...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...”

“=> 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).”¹⁸

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 1993¹⁹, 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*.²⁰

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

18 Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

19 Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

20 Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que 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 armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en in consonante o incongruente.

3.2.2.2. En este orden de ideas, se observa que la censura del recurrente se refiere a que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros, es decir, al aparte primero de la causal, planteamiento que induce a la Sala a abordar el tema relacionado con la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia sometida a su conocimiento, con el fin de verificar si la decisión adoptada respetó el principio de congruencia en el sentido indicado que regula este aparte de la causal 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

En tal virtud, con el objeto de establecer si se configura o no la causal, en primer lugar, es necesario verificar si los aspectos cuestionados y sobre los cuales decidió el laudo: 1) estaban o no comprendidos dentro de aquellos que por la Constitución Política y la ley pueden ser de conocimiento de la justicia arbitral; 2) si se encontraban contemplados en la cláusula compromisoria, y para el caso particular, indagar la incidencia que tuvo la suscripción del Acta de 06 de mayo de 2004 frente a la Cláusula Compromisoria, a fin de determinar si la modificó, subrogó o adicionó, de tal suerte que permita corroborar lo argumentado a este respecto por el recurrente; y 3) si hacían parte del conflicto que en concreto fue sometido a los árbitros de acuerdo con la relación jurídica procesal, esto es, dentro

de los extremos de la litis: hechos, pretensiones y excepciones de la demanda y de la contestación de la misma, respectivamente.

En cuanto a lo primero, y de conformidad con lo dicho anteriormente por la Sala y que coincide con el criterio de la intervención del Ministerio Público ante esta Corporación, la ejecución de un contrato o su incumplimiento y los efectos que se derivan de dicha situación, es un asunto de carácter económico transigible, que en materia de contratos estatales puede ser sometido al pacto arbitral, según expresa mención del artículo 70 de la Ley 80 de 1993; de manera que, potencialmente el asunto relacionado con el cumplimiento del Plan Parcial de Redesarrollo del Sector Mercado a cargo del Distrito podía ser del conocimiento y resuelto por el Tribunal de Arbitramento.

En cuanto a lo segundo, el Contrato de Concesión 001 de 2002, en la pluricitada Cláusula Décimo Quinta, relativa a las obligaciones del distrito es del siguiente tenor:

“4. Durante el período de construcción previsto en el Programa de Trabajo FASE 1, el Distrito garantizará que se adecuarán las áreas de uso peatonal y las vías aledañas a los lotes entregados en concesión en los términos y condiciones del Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado Público. Así mismo el Distrito cumplirá con las disposiciones del Plan Parcial para la UAU 1, en las condiciones del Acta suscrita el 17 de septiembre de 2002”.

Por su parte, en la Cláusula Vigésima Cuarta, Cláusula Compromisoria, se pactó por las partes, incluyendo el fiador -distrito- someter “...toda diferencia o litigio que surgiere en relación con la concesión o con el perfeccionamiento, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación o liquidación del presente contrato, a un Tribunal de Arbitramento...”

La anterior estipulación permite concluir que el juez arbitral tenía amplia competencia para resolver cualquier controversia o diferencia transigible que se presentara con ocasión de la actividad contractual del Contrato de Concesión 001 de 2002, con carácter vinculante y obligatorio para ambas partes. En efecto, la cláusula compromisoria transcrita, no delimitó el campo o materias de su aplicación, es decir, no especificó las controversias y desacuerdos que debían someterse al conocimiento de los árbitros, por lo que, como lo ha sostenido la

Sala, ha de entenderse que se extendía, en principio, a todos los conflictos que tuvieran directa o indirecta relación con el contrato.²¹

Ahora bien, en la Cláusula Tercera del Acta de Reinicio del contrato, suscrita entre la Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. y el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, el 6 de mayo de 2004, se hizo expresa referencia a las manifestaciones que realizó el contratista por las demoras en el inicio del contrato, las reprogramaciones presentadas, los cambios en el diseño, las variaciones en el mercado, las inversiones no previstas y otras incidencias que daban lugar a un reconocimiento a su favor, ante lo cual el Distrito señaló que no podía llegar a un acuerdo por la situación financiera en la que se encontraba, de suerte que para reiniciar el contrato, las partes estipularon:

“TERCERA: Considerando que en la cláusula decimanovena concesión (sic) se estableció:

“Las partes, con el propósito de propender la reiniciación del contrato, han acordado lo siguiente:

“Acuerdan someter la decisión definitiva sobre las compensaciones que, a la fecha, llegare a haber a favor de la CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., OPC S.A. al Tribunal de Arbitramento establecido en la cláusula compromisoria del Contrato.

“Dado que según lo dispuesto en la mencionada cláusula el nombramiento de los árbitros será de común acuerdo, las partes deciden integrar el Tribunal de la siguiente manera:

“Árbitros:

“Dr. MAURICIO RAMÍREZ FRANCH

“Dr. OMAR DARIO AVENDAÑO CALVO

“Dr. MARCO MEJÍA BACCA

“Para efectos de dar viabilidad al Tribunal, los honorarios y costo del mismo serán asumidos por el proyecto, sin que ello genere intereses corrientes ni moratorios en contra del Distrito de Santa Marta, ni dará lugar a su cobro inmediato a la iniciación del proyecto arbitral, como lo establece el inciso segundo del artículo 144 del decreto 1818/98, a lo cual renuncia el concesionario, quien cargara (sic) el valor de los mismos al proyecto, lo anterior sin que esto signifique una limitación a la decisión que el Honorable Tribunal tome sobre esta materia y sobre el equilibrio financiero del contrato en el Laudo correspondiente.

21 Ver Sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 25811 C.P. Ramiro Saavedra Becerra y Sentencia de 23 de febrero de 2000, Exp. 16394, C.P. German Rodríguez Villamizar.

“Para efectos de dar celeridad al proceso arbitral las partes se comprometen a convocarlo dentro de los treinta (30) días siguientes a la firma de la presente acta, en los términos y condiciones aquí pactados.”

De lo anterior, se colige que en el acta de reinicio las partes acordaron someter al Tribunal de Arbitramento el conocimiento y decisión de todas las situaciones que a esa fecha solicitaba como compensación el concesionario, sin que se advierta alguna excepción o salvedad; tampoco se observa que en el acta se haya subrogado o modificado la Cláusula Compromisoria, simplemente, en desarrollo de esta misma cláusula, se acude a la decisión del Tribunal, se designan los árbitros para someter a su estudio las compensaciones e incidencias hasta esa fecha y si bien se realiza un listado, como concluyeron el Ministerio Público y la entidad convocante, éste no puede entenderse como cerrado o limitado dado que al final se señaló que la decisión cubría: “...otras incidencias en el contrato...” y compensaciones “que a la fecha llegare haber a favor del concesionario...”. (fls. 3301 3305 cdno. 9).

Es así como, el Tribunal encontró probado, según lo expresó en el laudo, que para esa fecha, 6 mayo de 2004, se presentaba el incumplimiento de las obligaciones por parte del Distrito de Santa Marta en relación con la no ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector Mercado, y lo consideró como un hecho externo al concesionario, valoración probatoria que no es susceptible de revisión mediante este recurso extraordinario. (Cfr. No. 8.1.7. del laudo, fls. 4246 y 4247 cdno. principal).

Además, bien anota el Ministerio Público en su intervención, que por comunicación de 12 de junio de 2003, la sociedad contratista entregó a la contratante un informe sobre el estado del proyecto, en el que mencionó como aspecto relevante el Plan de Redesarrollo del Sector, se citó el acta de 17 de septiembre de 2002 y se dejó claro que era obligación del distrito ejecutar las obras y gestiones de ese plan, por tratarse de un elemento fundamental para el equilibrio económico del contrato, que afectaba seriamente la comercialización del proyecto y, por ende, su viabilidad. De igual forma, en la Suscripción del Otrosí No. 2 de 12 de diciembre de 2003, mediante el cual el ente territorial convocado, asumió la posición de contratante (fls 3318 a 3322 cd. 9), se consignó en los considerandos que los motivos de las suspensiones no eran atribuibles a la concesionaria y que por ello era necesario reprogramar el programa detallado de trabajo -PDT-, así como también se mencionó el incumplimiento del Distrito en lo relativo al Plan de Redesarrollo del

Mercado; se aprobó el nuevo diseño solicitado y sujetó el proyecto al Plan de Desarrollo Territorial y al Plan Parcial de Redesarrollo del Sector Mercado.

De otra parte, tal y como lo expuso el Tribunal de Arbitramento en la providencia de aclaración al laudo a propósito de una solicitud de la convocada, en la demanda la convocante solicitó dentro de las pretensiones que se declarara que durante la ejecución del Contrato 001 de 2002, ocurrieron hechos externos al concesionario no imputables a él, que afectaron el desarrollo del proyecto en el tiempo y, en consecuencia, generaron afectaciones al programa detallado de trabajo -PDT-, los cuales aparecían narrados detalladamente en el Capítulo Segundo de la demanda, en el que se citó el Otrosí No.2, se consignó las demoras en la reiniciación del contrato y la suscripción del acta del reinicio, como hechos generadores del desequilibrio alegado. (fls. 3, 4, 20 a 23 cdno1 y fls 4269 y 4270 cdno principal).

En síntesis, considera la Sala que, ciertamente, en el estudio y pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda arbitral, los hechos y las excepciones de la litis, no resultaba extraño a la competencia del Tribunal el conocimiento del desarrollo y cumplimiento de la obligación relacionada con el numeral 4 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Concesión 001 de 2002 y, por esa vía, del Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado Público y las disposiciones del Plan Parcial para la UAU 1, teniendo en cuenta la incidencia que tenía sobre esa misma obligación y el objeto del contrato.

Nótese que, de conformidad con Cláusula Vigésima Cuarta -Cláusula Compromisoria- y según la amplitud del pacto arbitral contenido en ella, las partes voluntaria y expresamente defirieron el conocimiento de cualquier divergencia sobre el cumplimiento y ejecución del contrato a la decisión del tribunal de arbitramento, y entonces, si lo relacionado con el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado Público y las disposiciones del Plan Parcial para la UAU 1 hacían viable el cumplimiento de actividades y obligaciones del contrato, mal podría haberse vedado a los árbitros de su conocimiento, habida cuenta de que representaba una materia cuyo estudio era indispensable para que éstos pudieran, a su vez, analizar y pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones del conflicto sometido a su decisión, relacionadas con el equilibrio económico del contrato de Concesión 001 de 2002.

En otros términos, según el acervo probatorio analizado por el Tribunal la garantía de adecuación de las áreas de uso peatonal y las vías aledañas a los lotes entregados en concesión en los términos y condiciones del Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado Público y el cumplimiento de las disposiciones del Plan Parcial para el UAU 1 era una obligación del contrato y conexo con lo demandado y, por ende, constituyó una situación de necesario e ineludible conocimiento del Tribunal para resolver el asunto sometido en el proceso arbitral, esto es, para establecer dentro de las compensaciones el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo cual, de suyo, no comportó un desbordamiento de la competencia del Tribunal de Arbitramento.

En cuanto al tercer interrogante, como lo ha dicho la jurisprudencia, la inconsonancia con las peticiones de las partes debe estudiarse frente a la parte resolutive, para determinar si la decisión del Tribunal, estaba por fuera de la competencia de los árbitros o excedió las pretensiones.²² En tal virtud, se advierte que al comparar con detenimiento las pretensiones de la demanda y lo resuelto en el laudo que se impugna, no se observa que tanto lo pretendido en la demanda como lo concedido en la parte resolutive implique un fallo incongruente, según se deduce de lo siguiente:

PRETENSIONES	RESUELVE
<p>“PRIMERA.- Que se declare que durante la ejecución del contrato No.001/02 ocurrieron hechos externos al concesionario, no imputables a él, que afectaron el desarrollo del proyecto en el tiempo y por consiguiente generaron afectaciones al Programa De Trabajo PDT, los cuales aparecen narrados detalladamente en el capítulo 2 de la</p>	<p>“TERCERO: Acceder a la pretensión primera de la demanda y, en consecuencia declarar que durante el desarrollo del contrato, y hasta el 6 de mayo de 2004, ocurrieron los siguientes hechos externos al contratista, que afectaron el desarrollo de los trabajos en tiempo y, en consecuencia generaron afectaciones al Programa Detallado de Trabajo: 1.) Demoras en la entrega de los bienes entregados en concesión; 2.) Solicitud de Cambio de Diseño por parte de la Concedente y; 3.) No ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector del Mercado (sic)</p>

22 Corte Suprema de Justicia, Sentencia No.168 de 10 de mayo de 1989: “para determinar si el fallo del ad quem es inconsonante, ha sostenido la doctrina de la Corporación, que se debe comparar los pedimentos formulados con la decisión adoptada, a fin de previa esta labor de parangón se pueda ver si ciertamente existe entre estos dos extremos ostensible desarmonía...”

<p>presente demanda.</p>	
<p>“SEGUNDA.- Que se declare que durante la ejecución del contrato No. 001/02 las CONCEDENTES solicitaron la modificación del diseño de la plaza de mercado de Santa Marta, en relación con el proyecto contratado y que esas modificaciones no obedecen a causas imputables al Concesionario.</p>	<p>“CUARTO: Acceder a la pretensión segunda de la demanda y, en consecuencia, declarar que durante el tiempo de la ejecución del contrato, ya (sic) hasta el 6 de mayo de 2004, la concedente solicitó dos (2) modificaciones del diseño de la plaza de mercado público de Santa Marta, en relación con el proyecto ofertado y contratado, por causas no atribuibles al Concesionario.</p>
<p>“TERCERA.- que (sic) se declare que durante la ejecución del contrato 001/02, ocurrieron hechos externos al concesionario, imprevisibles y ajenos a su responsabilidad y control, que hicieron más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones y, por consiguiente, rompieron, en su contra, el equilibrio económico del contrato.</p>	<p>“QUINTO. Acceder parcialmente a la pretensión tercera de la demanda y, en consecuencia, declarar que los hechos enumerados a continuación ocurridos durante el desarrollo del contrato de Concesión y hasta el 6 de mayo de 2004: 1.) Demoras en la entrega de los bienes entregados en Concesión; 2.) Solicitud de Cambio de Diseño por parte de la Concedente; 3.) No ejecución de las obras previstas en el Plan Parcial de Redesarrollo del Sector Mercado. Son externos al concesionario, imprevisibles y ajenos a su responsabilidad y control, e hicieron mas (sic) gravoso el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y, por consiguiente, rompieron en su contra el equilibrio económico del contrato.</p>
<p>“CUARTA.- Que se declare que los hechos (sic) narra detalladamente en el capítulo 2 de la presente demanda constituyen, por parte de la demandada, incumplimientos contractuales graves del contrato de concesión 001/02 y que de ellos se han generando sobrecostos y perjuicios a la convocante.</p>	<p>“NOVENO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.</p>
<p>“QUINTA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene</p>	<p>“SEXTO: Acceder a la pretensión quinta de la demanda y, en consecuencia, condenar a la convocada DISTRITO TURÍSTICO (sic) CULTURAL E HISTORICO (sic) DE SANTA MARTA a restablecer el equilibrio económico del contrato, por los desequilibrios económicos</p>

a la convocada a restablecer integralmente el equilibrio económico del contrato de concesión No. 001/02 y a pagar los sobrecostos y perjuicios irrogados a la convocante y, por ende, que se condene al DISTRITO DE SANTA MARTA, a indemnizar y compensar los perjuicios y sobrecostos de todo orden, causados en razón o con ocasión de los hechos narrados en la demanda, incluyendo, entre otros, los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante.

causado (sic) hasta mayo 6 de 2004 y, por consiguiente, a pagar a favor de la convocante SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A. las siguientes sumas, por los conceptos enumerados a continuación:

Concepto	Valor Base
Permanencia en obra al fin de abril 2004	.362.600.459
Incremento de Costo de Insumos	668.284.924
Diseños Adicionales	508.389.791
Obras Adicionales	.356.923.060
TOTAL	.896.198.234

“En consecuencia, condenar al DISTRITO TURISTICO CULTURAL (sic) E HISTORICO DE SANTAMARTA (sic) a pagar a favor de la convocante la suma de SEIS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS.

“**SEXTA.-** Que con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero y el costo financiero del mismo, el monto indemnizatorio y/o la compensación por los sobrecostos decretada por el Honorable Tribunal, así como todas las sumas que resulte deber la demandada a la demandante, se les aplique lo (sic) previsto en el artículo 4 de la ley 80 de 1993, en cuanto actualización e intereses.

“**SÉPTIMO:** Acceder a la pretensión SEXTA de la demanda y, en consecuencia condenar al DISTRITO TURÍSTICO (sic) CULTURAL E HISTORICO (sic) DE SANTA MARTA a pagar a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A. la suma de CUATROCIENTOS SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL TREINTA Y UN PESOS por concepto de actualización del dinero, según se estableció en la parte motiva de este laudo.

Concepto	Valor Base	Valor Actualización	Valor Actualizado
Mayor permanencia en obra al fin de abril 2004	\$4.362.600.459	\$257.592.911	\$4.620.193.370
Incremento de Costo de Insumos	\$668.284.924	\$39.459.369	\$707.744.293
Diseños Adicionales	\$508.389.791	\$30.018.244	\$538.408.035
Obras Adicionales	\$1.356.923.060	\$80.120.507	\$1.437.043.567
TOTAL	\$6.896.198.234	\$407.191.031	\$7.303.389.265

“**SEPTIMA.-** Que se condene a la convocada al pago de costas del juicio y las

“**DECIMO:** Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

agencias en derecho	
<p>“OCTAVA.- Que se declare que los montos en que resulte condenada la convocada, corresponden a obligaciones exigibles en su integridad a partir del momento de la ejecutoria del laudo y, en consecuencia, tales obligaciones indemnizatorias no están sujetas al acuerdo de reestructuración de pasivos que suscribió el Distrito de Santa Marta a la luz de la ley 550 de 1999, toda vez que se trata de obligaciones de naturaleza o condición postconcurzal.</p>	<p>“OCTAVO: Acceder a la pretensión OCTAVA de la demanda y en consecuencia, declarar que las sumas en que ha resultado condenado el DISTRITO TURÍSTICO CULTURAL (sic) E HISTÓRICO DE SANTA MARTA, corresponden, como se ha analizado en la parte motiva, a obligaciones cuya exigibilidad se presentará después de la ejecutoria del presente Laudo y, por consiguiente, no están sujetas al acuerdo de reestructuración de pasivos que suscribió el Distrito de Santa Marta.</p>
<p>“NOVENA.- Que se ordene a la convocada dar cumplimiento al laudo arbitral a partir de su ejecutoria y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena desde dicha fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.”</p>	<p>“UNDECIMO: Ordenar al DISTRITO TURISTICO CULTURAL E HISTORICO (sic) de SANTA MARTA dar cumplimiento a este Laudo en un término máximo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. En caso de presentarse mora en el pago de las sumas reconocidas en este Laudo, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.</p>

Y en los numerales primero y segundo, el laudo resolvió denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada a los dictámenes rendidos en el proceso y la excepción también presentada por ésta, respectivamente.

Entonces, la Sala al efectuar el anterior parangón entre lo pedido y lo fallado, en los términos aducidos por el actor, concluye que el Tribunal no decidió por fuera de la competencia que le fue conferida por las partes mediante la cláusula compromisoria, ni del acta de 06 de mayo de 2004 ni de las pretensiones de la demanda arbitral y, en consecuencia, el laudo garantiza la simetría que debe

existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes guardando la congruencia que se ampara con el aparte de la causal invocada por el recurrente.

De otra parte, vale la pena observar que, en verdad, el recurrente en ninguna etapa del proceso arbitral manifestó o se pronunció en relación con la falta de competencia del Tribunal en el sentido expuesto en este recurso.

En suma, es claro que el pronunciamiento del Tribunal se enmarca dentro de la competencia atribuida en la cláusula compromisoria, y que las consideraciones y lo resuelto en cuanto al incumplimiento de las obras del Plan Parcial de Redesarrollo del Mercado, tienen asidero en la medida en que existe una relación obligacional, causal, directa y sustancial entre ella y el Contrato 001 de Concesión de 2002, en tanto está contemplada en la Cláusula Décimo Quinta, relativa a las obligaciones del distrito, es decir, que se trata de uno de los hechos externos al contratista, que afectaron el desarrollo de los trabajos en tiempo y, en consecuencia, generaron afectaciones al Programa Detallado de Trabajo, lo cual sustenta la pretensión demandada de restablecer el equilibrio económico del contrato, como así lo manifestó el Tribunal de Arbitramento.

Por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Agente del Ministerio Público en Santa Marta y la entidad convocada carece de prosperidad, por cuanto no se probó alguna de las causales por ellos invocadas. En consecuencia, la parte recurrente convocada será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

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: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de septiembre de 2005 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA y la

SOCIEDAD CONCESIONARIA OBRAS Y PROYECTOS DEL CARIBE S.A., con ocasión del Contrato de Concesión No. 001 de 30 de septiembre de 2002, sus adicionales y otrosí.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la entidad recurrente convocada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ
Presidenta Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Aclaro voto

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

**CON ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO MAURICIO FAJARDO
GÓMEZ**

Si bien comparto la decisión adoptada a través de la sentencia con la cual se puso fin al proceso judicial de la referencia, de la manera más respetuosa me permito aclarar mi voto por cuanto considero que la Sala no ha debido estudiar y menos resolver de fondo el recurso de anulación que contra el laudo correspondiente interpuso en su momento el **Ministerio Público**, como quiera que con posterioridad a la presentación y sustentación del aludido recurso, ante el Consejo de Estado, el propio **Ministerio Público** solicitó, de manera expresa, que no se accediera a las peticiones del recurso que –como ya se indicó-, interpuso el **Ministerio Público**.

Lo anterior, sin esfuerzo alguno, permite advertir con facilidad que con la actuación posterior –mediante la cual el **Ministerio Público** solicitó la no prosperidad de recurso interpuesto por uno de los voceros de esa misma institución-, se configuró el desistimiento del recurso inicialmente formulado por el **Ministerio Público**, al margen de que las actuaciones específicas puedan atribuirse, desde el punto de vista puramente personal, a funcionarios diferentes entre sí que incluso ocupen cargos distintos (Procuradores Judiciales o Procuradores Delegados), puesto que todos ellos actúan en una sola y única condición: la de **Agentes del Ministerio Público** y lo hacen en nombre de una sola y única institución: **Ministerio Público**.

En efecto, mientras fue el **Ministerio Público** (a través del respectivo Procurador Judicial), el que interpuso y sustentó el recurso de anulación (fls. 4277 a 4281 cdno. ppal.), también fue el propio **Ministerio Público** (a través del correspondiente Procurador Delegado ante esta Corporación) el que sostuvo en su concepto ante esta Corporación (fls.4363 a 4374 cdno. ppal.) –refiriéndose al recurso de anulación interpuesto por el **Ministerio Público**-, que *“no resultan válidas las argumentaciones de los recurrentes”*, a partir de lo cual concluyó, por tanto, que el mencionado recurso *“se deberá declarar infundado”*.

Al respecto conviene precisar que la función de intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales, que el numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política consagra a favor del **Ministerio Público**, está radicada en cabeza del señor Procurador General de la Nación, quien por virtud de esa misma norma suprema la puede ejercer *“por sí o por medio de sus delegados y agentes”*.

Lo anterior evidencia, en consecuencia, que se trata de una intervención de carácter institucional, razón por la cual los Agentes del **Ministerio Público** que sucesivamente participen en un mismo proceso, han de hacerlo en forma unívoca y coordinada, pues esa función y su ejercicio no pueden entenderse *“a título personal”*, sino que, por el contrario, ha sido consagrada expresamente en la Constitución Política en cabeza del Supremo Director (artículo 275 C.P.), de una misma y única institución, jerárquicamente organizada.

Así pues, en virtud del principio constitucional de coordinación –para cuya comprensión resulta suficientemente ilustrativo el desarrollo legal consignado en el artículo 6° de la Ley 489 de 1998-, las autoridades (incluidas las del **Ministerio**

Público) *“deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”.*

Este principio ha de orientar las funciones de intervención atribuidas al Procurador General de la Nación, independientemente de que el ejercicio de las mismas se realice en forma directa por él mismo o a través de sus Delegados o Agentes, tal como en reiteradas oportunidades lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, según lo evidencian los pronunciamientos en los cuales esa Corporación puntualizó:

“La suprema dirección del Ministerio Público en cabeza del Procurador General de la Nación necesariamente implica que los diferentes órganos y funcionarios que lo conforman se encuentran articulados y subordinados orgánica, funcional y técnicamente a dicha institución y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y señala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones”²³.

“Es lógico que todos los funcionarios llamados a ejercer las funciones asignadas al Ministerio Público deban estar coordinados entre sí y esa coordinación, de acuerdo con la preceptiva constitucional, se construye a partir de la estructura jerarquizada de la Procuraduría y de la unidad de mando que se radica en cabeza del Procurador General de la Nación que es “el supremo director del Ministerio Público” y que ejerce sus funciones “por sí o por medio de sus delegados o agentes” (CP arts. 275 y 277).

“.....

“De ahí que los delegados y agentes del Procurador actúen en su representación y que además de las funciones que les asigne la ley, cumplan las que siendo propias del Jefe del Ministerio Público, a quien están subordinados, les sean delegadas por éste”²⁴.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional volvió a precisar:

“Esta Corporación ha señalado que el Ministerio Público es un órgano de control autónomo cuya dirección suprema corresponde al Procurador General de la Nación. Esta dirección del Procurador, así como el hecho de que éste ejerza sus funciones constitucionales, por sí o por medio de sus agentes o delegados, implica que la Procuraduría tiene una estructura jerarquizada y una unidad de mando.

“.....

²³ Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1995.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-569 de 1997.

“Esta estructura jerárquica no impide que la ley atribuya una cierta autonomía a los delegados y agentes del Procurador, pero esta autonomía es relativa, ya que estos funcionarios actúan en representación del Procurador y ejercen atribuciones que en principio están en cabeza del jefe del Ministerio Público”²⁵.

La falta de coordinación entre los propios señores Procuradores Delegados y los señores Procuradores Judiciales, todos ellos partícipes de una misma y única condición: la de **Agentes del Ministerio Público**, puede generar actuaciones abiertamente contradictorias y opuestas como aquella que se evidenció en el presente caso, cuestión que, a su vez, puede dar lugar a un innecesario y absurdo derroche de la actividad jurisdiccional, el cual resulta a todas luces contrario a los postulados de *economía*, de *eficacia*, de *celeridad* y de *colaboración armónica y eficaz para con la Administración de Justicia*, los cuales deben orientar las actuaciones que en ejercicio de sus funciones de intervención judicial cumpla el **Ministerio Público**.

Ello cobra mayor significado si se tiene en consideración la exagerada y angustiosa congestión que de tiempo atrás está afectando de manera grave la marcha de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –congestión y consiguiente retraso que incluso han puesto en entredicho a la propia Administración de Justicia en el país-, como para que ella ahora deba ocuparse entonces de estudiar, de analizar, de tramitar, de discutir y de resolver recursos, incidentes, peticiones o hasta demandas que formule el **Ministerio Público** y a cuya prosperidad se opone, paradójica y sorprendentemente, el **Ministerio Público**.

Respetuosamente,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-399 de 1995