**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Proceso arbitral - Configuración**

Sobre la causal en comento, esta Sección ha tenido la oportunidad de aclarar algunos conceptos derivados de la norma que la contiene y ha interpretado los requisitos para su configuración. Así, se ha explicado que esta causal se encontraba prevista anteriormente en términos similares en el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con la diferencia que en este sólo se hacía referencia a la anulación del laudo cuando este se profiera después del término fijado para el proceso, por lo que en su vigencia era controversial la suerte que corría el laudo cuando era la decisión complementaria la que se profería extemporáneamente. (…) La Sección ha interpretado que con el cambio introducido por la Ley 1563 de 2012 en la causal 6 de su artículo 41, en el que se habla no sólo del laudo sino también de la decisión que resuelva sobre la adición, aclaración o corrección del laudo, se solucionó esta controversia, ya que la diferenciación entre los dos momentos implica su independencia y en tal sentido si, como en este caso, es únicamente la providencia accesoria la que se profiere extemporáneamente, sólo esta se vería afectada por la irregularidad y el laudo quedaría incólume.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - Objeto**

La liquidación del contrato estatal “tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas (…).Sin embargo, aunque la liquidación del contrato es el escenario ideal para realizar un corte de cuentas entre las partes y verificar el estado del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, nada impediría a una de las partes que, por ejemplo, pidieran se declarara el incumplimiento de su contraparte sin solicitar de igual manera que se liquidara el contrato.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Peticiones**

La congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues “para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante, o sea la resolutiva, teniendo en cuenta que esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo” , limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.

**LAUDO ARBITRAL - Aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros - Principio de congruencia**

La causal aducida por el recurrente es una manifestación del principio de congruencia de las sentencias , el cual se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado (fallo ultra petita) o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo extra petita) o cuando se concede menos de lo pedido (fallo citra o infra petita); “(…) 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 debe recordar que la Sección Tercera ha aclarado que la incongruencia de la que trata esta causal no puede ser entendida en una forma en la que cualquier discordancia entre la literalidad de la pretensiones alegadas y el fallo pueda ser entendido como tal. Por el contrario, el fallador arbitral está en libertad de decidir sobre materias que, aunque no hubiesen sido literalmente solicitadas en la convocatoria, resultan de la esencia de lo que, de acuerdo con lo que allí se ha expuesto y deprecado, debe resolverse (…) “no se configura el vicio de incongruencia o inconsonancia cuando el fallador toma decisiones que pese a no haberse pedido en la demanda en forma expresa, pueden deducirse implícitamente por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00095-00(57388)**

**Actor: VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA.**

**Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER**

**Referencia: ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver los recursos extraordinarios de anulación de laudo arbitral presentados por el Ministerio Público y el municipio de Puerto Santander, Norte de Santander, contra la sentencia del 13 de abril del 2016, proferida por el Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cúcuta para dirimir las controversias contractuales surgidas entre el ente territorial y la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. en el marco del contrato de obra n.º 003 del 2 de diciembre del 2011. Se declararán infundados los recursos.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Ministerio Público y el municipio de Puerto Santander, Norte de Santander, solicitan que se declare la nulidad del laudo arbitral del 13 de abril del 2016 en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de Vivitar Construcciones y, entre otras determinaciones, se declaró el incumplimiento del municipio en el marco del contrato nº 003 de 2011. Para tal efecto, alegaron que en el laudo se configuraron las causales 6, 8 y 9 previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 del 2012.

**ANTECEDENTES**

**I. Proceso arbitral**

1. El 27 de abril del 2015, en escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cúcuta, la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. presentó solicitud de conformación de tribunal de arbitramento con el objeto de resolver las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra n.º 003 del año 2011, cuyo objeto era la construcción de un centro educativo en el casco urbano de Puerto Santander y en el que se pactó en la cláusula trigésima el compromiso de acudir a la justicia arbitral. La solicitud presentó las siguientes pretensiones:

*PRINCIPALES*

*PRIMERA: solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se proceda a liquidar el contrato No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER suscrito el día 02 de diciembre de 2011, entre la empresa VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA con nit No 807.003.576-1 representada legalmente por el señor FREDDY ALFONSO MARQUEZ GUTIÉRREZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.488.503 de Cúcuta y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE PUERTO DE SANTANDER representado para la fecha del contrato por el Dr. HENRY MANUEL VALERO PEINADO identificado con la cédula de ciudadanía No 88.209.538 de Cúcuta, solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se le ordene al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER a reconocer y realizar el pago de los siguientes valores:*

*A) Gastos relacionados a póliza de seriedad de la oferta por un valor de QUINIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESO ($523.641.oo)*

*B) Gastos relacionados a póliza de cumplimiento por un valor DE QUINCE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS ($15.145.490.oo)*

*C) Gastos relacionados a póliza de responsabilidad civil extracontractual por un valor de OCHCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (861.556.oo)*

*D) Valor de los nuevos diseños arquitectónicos por un valor de SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($77.145.000.oo)*

*E) Valor de los nuevos diseños estructurales por un valor de SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($77.145.000.oo)*

*F) Valor de los nuevos diseños hidráulicos y sanitarios por un valor de TRNTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($38.572.500.oo)*

*G) Valor de los nuevos diseños eléctricos por un valor de TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($38.572.000.oo)*

*H) Valor de los nuevos estudios de suelos por un valor de VEINTITRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($23.152.500.oo)*

*I) Costos de funcionamiento de la empresa en el tiempo que fue necesario mientras se ejecutaba el contrato, valor que asciende a QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.oo)*

*TOTAL GASTOS.: DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES CIENTO DIEZ OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS….$286.118.187.oo*

*SEGUNDA: de conformidad al hecho DÉCIMO SEXTO de esta solicitud y de conformidad a la pretensión principal, una vez se ordene la liquidación del contrato No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER suscrito el día 02 de diciembre de 2011, entre la empresa Vivitar Construcciones Ltda Nit No. 807.003.576-1 representada legalmente por el señor FREDDY ALFONSO MARQUEZ GUTIÉRREZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.488.503 de CÚCUTA y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE PUERTO DE SANTANDER representado para la fecha del contrato por el Dr. HENRY MANUEL VALERO PEINADO identificado con la cédula de ciudadanía No 88.209.538 de Cúcuta, solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se le ordene al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER reconocer y ordenar al el (sic) pago de perjuicios relacionados al daño emergente los cuales se estiman en la suma de*

*CIEN MILLONES DE PESOS------------------------------------($100.000.000.oo)*

*TOTAL PERJUICIOS DAÑO EMERGENTE*

*CIEN MILLONES DE PESOS------------------------------------($100.000.000.oo)*

*TERCERO: De conformidad al hecho DÉCIMO SEXTO de esta solicitud, debido que no se pudo continuar con la ejecución del contrato No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER el pago de los perjuicios derivados del LUCRO CESANTE los cuales se estiman en el 10% sobre el valor del contrato el cual se suscribió por un valor de DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLÓN MILLONES (sic) OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($2.961.187.659.oo)*

*TOTAL PERJUICIOS LUCRO CESANTE*

*DOS CIENTO (sic) NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS………………………………………………………...($296.187.659.oo)*

*CUARTO: solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se proceda a condenar al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER a el (sic) pago de los intereses moratorios legales a favor de la empresa VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA, tasados en la tarifa máxima legal establecida por la ley.*

1.1. La solicitud presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

1.1.1. En enero del 2011 el alcalde de Puerto Santander, Norte de Santander, expidió el decreto n.º 006 de ese año, en el que declaró en estado de riesgo inminente el inmueble en el que funcionaba la Escuela Urbana Integrada del municipio. Por el mismo motivo mediante decreto n.º 097 del 12 de noviembre del 2011 se declaró la urgencia manifiesta.

1.1.2. El municipio de Puerto Santander suscribió el convenio interadministrativo No 043 de 2011 con la Agencia Presidencia para la Acción Social, con el objeto de construir la sede educativa. El 26 de noviembre siguiente, por resolución n.º 1055 se adjudicó, por contratación directa, el contrato de obra pública a Vivitar Construcciones Ltda, con un valor de $2 961 876 597, el cual se suscribió el 2 de diciembre del 2011.

1.1.3. El 28 de diciembre del 2011, 15 días después de haber iniciado los trabajos de construcción, se suspendió la obra por dos meses. En el acta correspondiente se consignaron como razones las siguientes:

a) Luego de revisar los planos y diseños de la escuela suministrados por el municipio se observó que los planos estructurales no cumplían con las disposiciones y requerimientos de sismo resistencia.

b) La cimentación planteada por el estudio de suelos eran placas flotantes, y en los planos se mostraban cimentaciones con vigas de amarre, debido a que en el lugar dela obra ay inundaciones constantes.

c) En visita realizada al sitio por un experto en geotecnia contratado por el contratista se evidenció que la capacidad portante no era suficiente para moldear la estructura en un solo bloque, por lo que se recomendó modelar y separar por bloques.

1.1.4. El 16 de febrero del 2012 Vivitar entregó nuevos diseños, los cuales se aprobaron por el interventor.

1.1.5 El 28 de febrero siguiente se llegó al acuerdo entre las partes de ampliar la suspensión del contrato porque Acción Social, contraparte en el convenio interadministrativo de financiación, no había girado los recursos. Sin embargo, posteriormente se evidenció que el citado convenio interadministrativo era falso y nunca había existido realmente.

1.1.6. El 1 de julio del 2013 Vivitar dirigió oficio al municipio en el que le pidió definir la situación en el sentido de proponer una fórmula de continuación, o en su defecto liquidar el contrato. El 5 de julio siguiente el municipio le contestó que estaba considerando dar por terminado el contrato y le dio diez días para que se pronunciara al respecto y diera sus observaciones en relación con la eventual terminación.

1.1.7. Esta respuesta se dio el 19 de julio del 2013, en documento en el que Vivitar presentó varias observaciones y solicitó la reparación de perjuicios por los rubros indicados en las pretensiones que se transcribieron arriba, por una cuantía que en ese momento ascendió a los $286 118 187. El municipio para la presentación de la convocatoria a tribunal, no se había pronunciado al respecto.

1.1.8. Finalizó señalando que la imposibilidad de ejecución del contrato, especialmente por causa de la falsificación del convenio interadministrativo de financiación ha causado escándalos y comentarios malintencionados que afectaron el buen nombre de Vivitar. Igualmente, se produjo un lucro cesante derivado de la pérdida de la utilidad esperada (10% del valor total del contrato).

2. En audiencia del 26 de mayo del 2015 se declaró la instalación del Tribunal y se admitió la convocatoria (f. 1072-1075 c. 1).

3. El 13 de agosto del 2015 el municipio contestó la demanda, así:

3.1. En general se atuvo a lo que pudiese encontrarse probado en el plenario. Sin embargo, sí aceptó que el convenio interadministrativo n.º 043 del 2011, que sirvió de origen al contrato objeto del litigio, fue falsificado. En tal sentido, señaló que no se opone a la liquidación del contrato, pero pidió tener en cuenta que ello es necesario por tener origen en un acto ilícito al que fue ajeno Puerto Santander.

3.2. Propuso dos excepciones. La primera fue la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, por la falsedad e ilicitud del convenio 043 del 2011. La segunda fue la improcedencia del reconocimiento de perjuicios de lucro cesante u otra indemnización, ya que estas reparaciones son incompatibles con la nulidad absoluta que se deriva de su causa ilícita (f. 1112-1127 c. 1).

4. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Tribunal profirió el laudo del 13 de abril del 2016 (f. 1312-1362 c. ppl) en el que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, se inhibió de fallar de fondo en otras y, en síntesis, se declaró el incumplimiento del municipio Puerto Santander del contrato de obra n.º 003 de 2011 y le ordenó el pago de perjuicios. La parte resolutiva de la providencia es del siguiente tenor:

*PRIMERO: Por tratarse de un contrato estatal y no hallarse sometidos a la decisión de los árbitros los temas relacionados con la Liquidación Bilateral por común acuerdo de las partes, ni la Liquidación Unilateral de la Administración, ni la Liquidación Judicial, ni la revisión del contrato, reservada exclusivamente a la jurisdicción Contencioso Administrativa por acusación y revisión privativa de la Liquidación Unilateral, este Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre la pretensión Primera de la demanda y sobre las referencias que en otras pretensiones se hacen a esos mismos temas.*

*SEGUNDO: Con las salvedades y limitaciones hechas en el punto anterior, Declárese que el Municipio de Puerto Santander incumplió el contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011 y cuyo objeto era la Construcción de la Sede Educativa Urbana Integrada del Casco Urbano del Municipio de Puerto Santander al no entregar oportunamente el anticipo parcial de obra plasmado en la cláusula sexta del contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011 e igualmente al no entregar al contratista los diseños adecuados para la ejecución del contrato de obra.*

*TERCERO: Declárese que los costos de los nuevos diseños y estudios de suelos allegados por el contratista Vivitar Construcciones Ltda. Fueron asumidos en su totalidad por la sociedad demandante en el presente trámite arbitral.*

*CUARTO: Declárese y Condénese que el municipio de Puerto Santander ADEUDA a sociedad VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS ($254.587.500.oo) por el valor de los nuevos diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos-sanitarios, eléctricos y los nuevos estudios de suelos.*

*QUINTO: Declárese y Condénese que el municipio de Puerto Santander ADEUDA a la sociedad VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($296.187.659.oo) por concepto del valor del lucro cesante que se estimaban en el valor del contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011, que se cancelará dentro de los quince (15) días siguientes a la expedición del presente Laudo Arbitral.*

*Parágrafo: Los anteriores valores o sea los puntos CUARTO Y QUINTO del presente fallo, deben ser indexados o llevados a valor presente por el IPC, desde el momento en que se causaron hasta su respectivo pago.*

*SEXTO: Condénase en costas al municipio de puerto Santander en favor del Contratista VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA discriminadas así:*

*1) Agencias en Derecho: La suma diez y siete millones ochocientos veinte un mil ciento veinte cinco pesos moneda legal ($17.821.125.00).*

*2) Gastos del proceso. La suma cincuenta y nueve millones sesenta y un mil doscientos pesos ($59.061.200.oo)*

*SÉPTIMO: Por no probarse dentro del proceso, las pretensiones secundarias en su punto I) al igual que la pretensión secundaria en su segundo punto, no se tendrán en cuenta, no prosperan.*

*OCTAVO: Los puntos A) –B) y C) de las pretensiones secundarias no prosperan por cuanto estos gastos forman parte de la ejecución de prestaciones que surgieron de la ley y del contrato para el particular.*

*NOVENO. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por el municipio de Puerto Santander.*

*DÉCIMA: Ordénese por secretaría la expedición y copias auténticas del presente Laudo al Ministerio Público para lo de su cargo.*

*DÉCIMA PRIMERA: Ordénase por Secretaría la expedición y entrega de copias auténticas de este laudo a las partes, Convocante y Convocada, a través de sus apoderados.*

*DÉCIMA SEGUNDA. Por Secretaría y con destino al CENTRO DE CONCILIACIÓN y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CÚCUTA, expídase y entréguese copia auténtica del presente Laudo.*

*DÉCIMA TERCERA: Por el presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de Gastos protocolícese el laudo, una vez ejecutoriado, en una Notaría del Círculo de Cúcuta.*

4.1. Luego de repasar las etapas procesales y los argumentos expuestos por las partes, el Tribunal inició el análisis del asunto por el punto de su competencia en el caso concreto. Al respecto, recordó que a pesar de que las partes de un contrato estatal pacten una cláusula compromisoria, algunos asuntos escapan al conocimiento del juez arbitral, como las materias no susceptibles de transacción, los temas relativos a cláusulas excepcionales, la suspensión provisional de actos administrativos y, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la legalidad de actos administrativos relacionados con los contratos estatales.

4.2. En este sentido, consideró que en el asunto particular no la asistía competencia para resolver sobre la liquidación del contrato, dado que tal tema es propio de aquellos que son resueltos por actos administrativos y por tanto, vedados del conocimiento de la justicia arbitral. En concreto dijo:

*A este respecto, el Tribunal debe recordar que el tema de la Liquidación de los Contratos Estatales está reglamentado en el aparte VI) de la ley 80 de 1993 por los artículos 60 y 61, según los cuales los contratos de tracto sucesivo y los contratos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, como es el caso que se discute, tienen que ser objeto de una “liquidación de común acuerdo por las partes” dentro del término señalado en el pliego de condiciones, o en su defecto, en el plazo que señala la Ley, con el objeto de que los mismos contratantes acuerden los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, haciendo constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que hayan llegado para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo (art. 60 L80/93).*

*Solamente cuando no puede hacerse la liquidación bilateral de las partes, ya sea porque el contratista no se presenta o ya sea porque no pudo llegarse a un acuerdo sobre el contenido de la misma se puede proceder a efectuar la liquidación unilateral y directa que como medio sustitutivo de aquella prevé el artículo 61 de la Ley 80 de 1993. Y esa Liquidación Unilateral, hecha por la entidad que represente o actúe por la Administración, tiene que adaptarse por acto administrativo motivado. Tal acto es susceptible del recurso de reposición y, desde luego, sometido al control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es la llamada a calificar si se sujeta al orden jurídico y si ha existido el respeto por las garantías y los derechos de los administrados. Por consiguiente, a la Liquidación Jurisdiccional de Contratos Estatales sólo se puede llegar por intermedio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y resulta tema absolutamente vedado para los tribunales de Arbitramento.*

4.3. A continuación empezó a exponer conceptos generales sobre los principios aplicables a la contratación administrativa y se detuvo específicamente en el de buena fe contractual, consagrado por los artículos 1603 y 871 de los Códigos Civil y de Comercio. Señaló que la buena fe es creadora de deberes de conducta especiales exigibles a las partes de un contrato y que su desconocimiento por estas genera perjuicios que deben ser resarcidos. Así resaltó que el contratista intentó allanarse a la legalidad y cumplir el objeto contractual, mientras que el municipio fue ajeno al principio de buena fe y se abstuvo de *“hacer el mínimo esfuerzo para ajustar a la legalidad el porcentaje de “anticipo” pactado en la cláusula sexta del contrato.*

4.4. Posteriormente habló del principio de confianza legítima como complementario al de buena fe y explicó que este resulta aplicable a los eventos en los que el particular ha depositado confianza en las actuaciones de la administración y a esta no le es dable alterar dichas condiciones de forma súbita. Así, consideró que era evidente que Vivitar partió de los principios de buena fe y confianza legítima para esperar que el contrato se concibiera de manera correcta y tradicional, lo cual no sucedió por la falsedad del convenio interadministrativo del que financieramente dependía aquel, con lo que, además, se incumplió el principio de planeación y se causó que el convocante incurriera en gastos que en principio no eran de su resorte por la falta de entrega de anticipo y diseños necesarios para el desarrollo del objeto pactado.

4.5. A renglón seguido, explicó que en el caso concreto estaba probado el desequilibrio financiero del contrato, ya que los productos que fueron desarrollados por el contratista por el incumplimiento del municipio contratante fueron recibidos a satisfacción:

*Del estudio de las pruebas obrantes en el proceso, se puede inferir que el equilibrio financiero del contrato 003 de diciembre 2 de 2011 se menoscabó en detrimento de los intereses legítimos del contratista por causa del comportamiento contractual de la entidad demandada. Conductas tales como no pagar oportunamente el anticipo tal y como estaba en el clausulado del contrato, no aportar oportunamente los diseños o planos, o en su defecto presentar unos diseños y estudios no idóneos para el desarrollo del objeto contractual constituyen modalidades de incumplimiento en la administración con claras incidencias para la economía del negocio jurídico.*

*En el presente caso, se presentó un desequilibrio financiero del contrato de obra pública celebrado entre las partes, originado en el comportamiento de la administración, que al actuar como contratante, incurrió en acciones y omisiones que rompieron la correspondiente ecuación económica del contrato.*

*Son varios los medios de prueba demostrativos de que el Municipio de Puerto Santander recibió a entera satisfacción los nuevos diseños de planos al igual que su nuevo estudio de suelos entregadas por la firma contratista.*

*En el proceso aparece perfectamente probado que el Municipio de Puerto Santander a pesar de no estar estipulado en el contrato la entrega de nuevos diseños por parte de la firma contratista y en la aprobación de dichos diseños, la interventoría los recibió a satisfacción por cuanto la necesidad de modificarlos era sumamente importante, habida cuenta que los terrenos presentaban problemas sobre el nivel freático por sus constantes inundaciones y tal y como lo sostuvo el interventor, La Ley 80 permite hacer las respectivas modificaciones, sobre todo, cuando el municipio hace entrega de unos planos y diseños que no son acordes a las necesidades de la ejecución del proyecto.*

*Es por esta característica propia del contrato de obra pública, que este Tribunal de Arbitramento encuentra que el municipio de Puerto Santander está obligado a reconocer y pagar a la sociedad contratista por cuanto el ente territorial no aportó en debida forma los planos y diseños que se necesitaban para el desarrollo y ejecución del contrato objeto del litigio, aunado a que el municipio no entregó el anticipo tal y como se encontraba estipulado en el negocio jurídico suscrito y el cual era un extremo contractual.*

*No es dable suponer que en presencia de un contrato que cumplía con todas las formalidades, el ente contratante reciba esos nuevos diseños y estudios de suelo como una donación o un regalo del contratista y bajo el argumento que la entrega del anticipo estaba condicionada al convenio interadministrativo que había suscrito con Acción Social, no vaya a reconocer ni indemnizar su propia improvisación.*

*Esto escapa al principio de la buena fe que debe gobernar las relaciones negociales y la equidad como regla general de derecho que gobierna todos los actos y negocios jurídicos, especialmente los estatales.*

*Al recibir el municipio esos nuevos diseños (estructurales, hidráulicos – sanitarios, eléctricos al igual que un nuevo estudio de suelos a través de la interventoría y que a la fecha reposan en sus dependencias, es obvio que se obliga a pagarlas, así no lo haya reconocido expresamente en el contrato de obra No 003 del 2 de diciembre del año 2011, porque el contrato en estudio, se reitera, es un contrato conmutativo toda vez que la cuantía de las obligaciones de las partes es inmediatamente cierta, pudiendo cada una de ellas apreciar de momento el provecho económico o la pérdida que el contrato le ha de reportar. No es dable tampoco considerar que por tratarse de un contrato de obra pública, el contratista estaba impedido para reclamar y obtener el reconocimiento y pago de esos nuevos diseños y estudios de suelo.*

4.6. Finalmente, resolvió las excepciones propuestas por el municipio. En primer lugar, desestimó la posible configuración de una nulidad contractual. Consideró que el contrato nació a la vida jurídica con todos los requisitos para su perfeccionamiento e incluso cumplió con los requisitos para su ejecución. Concretamente, respecto de la falsedad del convenio interadministrativo de financiación, indicó que este no afectaba la validez del contrato, porque las previsiones presupuestales que legalmente son exigidas para el efecto sí fueron cumplidas y en realidad el acuerdo interadministrativo no hacía parte del contrato estatal objeto de este litigio:

*Para este Tribunal el argumentar que el contrato de obra estaría supeditado al convenio celebrado entre la parte demandada y la Agencia Presidencia para la Acción Social, no es del resorte de este litigio, habida cuenta, que éste último no forma parte del negocio jurídico suscrito, por cuanto el espíritu contractual no era la construcción de la Sede Educativa Urbana Integrada del Casco Urbano del Municipio de Puerto Santander a través del contrato de obra 003 de diciembre de 2011.*

*Ahora, no es excusa argumentar la falsedad del convenio interadministrativo celebrado entre la Agencia Presidencial para la Acción Social y el municipio de Puerto Santander por cuanto previsiones presupuestales para atender el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades estatales en los contratos que celebren, y que el municipio había garantizado su CDP a través de la tesorera del municipio, constituyen pues obligaciones legales de estas de cuyo cumplimiento no podría “relevarlas” el contratista, y mal podría alegarse la eventual “falta de disponibilidad” o inexistencia de partidas que debieron apropiarse en cumplimiento de la ley que las rige como una “causal de fuerza mayor” que justifique su eventual retardo o incumplimiento en los pagos debidos a sus contratistas.*

*Para este Tribunal de Arbitramento queda claro que el acuerdo de voluntades que se celebró y perfeccionó en debida forma es válido por cuanto cumplió con todos los elementos esenciales del contrato. (…) Por lo anterior esta excepción no tiende a prosperar.*

4.7. También desestimó la excepción de la inexistencia de derecho a lucro cesante o indemnización alguna, ya que esta se basa en la concurrencia de una nulidad sobre la que ya se resolvió negativamente, y es claro que hubo incumplimiento de la entidad contratante y desequilibrio económico del contrato.

4.8. Finalmente, de acuerdo a lo que encontró probado y en consideración las limitaciones de competencia a las que se refirió al inicio del laudo, el Tribunal expresó sobre las pretensiones:

*Para los árbitros corresponderá al municipio de Puerto Santander asumir el pago de las pretensiones secundarias enunciadas en los puntos D) – E) – F) – G) Y H. Los puntos A) – B) y C) de las pretensiones secundarias no prosperan por cuanto tal y como lo afirma el Ministerio Público “… como quiera que estos gastos forman parte de la ejecución de prestaciones que surgieron de la ley y del contrato para el particular…”.*

*Con respecto a los gastos y agencias en derecho en que incurrió el Consorcio Contratista en la ejecución del Contrato 003 de diciembre 2 de 2011 y que se hayan debidamente probadas dentro del proceso, serán asumidas por el Municipio de Puerto Santander.*

5. El 18 de abril del 2016 el agente del Ministerio Público presentó solicitud de aclaración, corrección y adición en la que argumentó que el laudo debía ser objeto de las tres, dado que en su sentir se incurrió en imprecisiones que hacen que se configuren las causales 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (f. 1365-1367 c. ppl).

6. Al respecto, sólo explicó que no se tuvo en cuenta que el convocante únicamente tenía derecho a la indemnización por los gastos derivados de la celebración del contrato. Los estudios y actividades adicionales no debían ser objeto de resarcimiento, puesto que se trata de erogaciones que Vivitar hizo a riesgo propio y a sabiendas que para ese momento el contrato estaba suspendido.

7. El 29 de abril del 2016 el Tribunal resolvió la solicitud y la declaró improcedente pues no se quería la adición, corrección o aclaración de la sentencia sino controvertir el contenido de la providencia como tal (f. 1369-1370 c. ppl).

**II. Recurso extraordinario de anulación**

8. Hubo dos recursos extraordinarios de anulación interpuestos contra la anterior decisión. Por un lado, el Ministerio Público presentó su disentimiento con la decisión el 11 de mayo del 2016 (f. 1380-1384 c. ppl), mientras que el municipio demandado lo hizo el 13 de junio del 2016 (f. 1415-1423 c. ppl).

9. El Ministerio Público presentó tres causales de anulación, así:

9.1. Primera causal: Causal 6 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. Al respecto, la parte explicó que el artículo 10 de la Ley 1563 del 2012 estableció un plazo máximo de 6 meses para que el fallo sea expedido y notificado, incluyendo la providencia que eventualmente resuelva la solicitud de aclaración, corrección y adición. En este caso, dado que la audiencia de trámite inicial tuvo lugar el 14 de octubre del 2015, el término de 6 meses venció el 14 de abril del 2016. Sin embargo, sólo hasta el 29 de abril del 2016 se resolvió sobre la solicitud presentada por la Procuraduría, es decir, fuera del término. Agregó que la situación se hizo saber a los árbitros en la misma audiencia.

9.2. Segunda causal: Causal 8 del artículo 41 de la Ley 1562 de 2012, contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. Al respecto, explicó que la sentencia era contradictoria al haberse abstenido de resolver sobre la liquidación del contrato, que era la principal de las pretensiones, pero sí absolver el resto de puntos y declarar el incumplimiento del contrato, así como condenar a indemnizaciones, ya que estas súplicas eran derivadas de aquella. En concreto dijo:

*En el numeral primero de la parte resolutiva del Laudo, el Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre la pretensión primera de la demanda y sobre las referencias que en otras pretensiones se hacen a esos mismos temas, “por tratarse de un contrato estatal y no hallarse sometidos a la decisión de los árbitros los temas relacionados con la Liquidación Bilateral por común acuerdo de las partes, ni la Liquidación Unilateral de la Administración, ni la Liquidación Judicial, ni la revisión del contrato, reservada exclusivamente a la jurisdicción Contencioso Administrativa por acusación y revisión privativa de la Liquidación Unilateral”.*

*No obstante ello, en los siguientes numerales de la decisión procede a declarar que la entidad convocada ha incumplido el contrato estatal celebrado con la parte convocante y la condena al pago de la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($550´775.159.00) M/CTE, por concepto de valor de nuevos diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos – sanitarios, eléctricos y los nuevos estudios de suelos, y por concepto de valor de lucro cesante, debidamente indexados desde su causación hasta la fecha de pago efectivo.*

*Pues bien, tomando como punto de referencia el artículo 116 de la Constitución Política acerca de la atribución de competencia de los particulares para dirimir conflictos, se infiere que la función de los árbitros está limitada y por tanto no amplia sólo respecto de la transitoriedad de su operador jurídico (sujeto activo de la definición) sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento (objeto del mecanismo).*

*La Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995, al analizar el contenido del artículo 116 de la carta Política, precisó lo siguiente:*

*“Límites que establece el inciso cuarto del artículo 116 en relación con la Administración de justicia por los árbitros.*

*Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la Administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones: La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros transitoriamente, () La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para a fallar, en derecho o en conciencia. Y una última,* ***que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley****” ()” (se resalta).*

*En relación con los conflictos derivados de los contratos estatales, como ocurre en el caso concreto, los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, vigentes para la época de os hechos, facultaron a las partes para someter al ámbito de competencia de la justicia arbitral las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales, siempre y cuando no tuvieran que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales.*

*En la demanda que presentó la parte convocante (contratista) se propusieron varias pretensiones adicionales a la de liquidación del contrato, esto es, de condena atinentes a ordenar al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER reconocer y pagar a VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA unas sumas de dinero relacionados (sic) con la póliza de responsabilidad de la oferta ($523.641.00), póliza de cumplimiento ($15´145.490.00), póliza de seriedad de responsabilidad civil extracontractual ($861.556.00), nuevos diseños arquitectónicos ($77´145.000), nuevos diseños estructurales ($77´145.000), nuevos diseños hidráulicos y sanitarios ($38´572.500), nuevos estudios de suelos ($23´152.500.00), costos de funcionamiento durante el tiempo de ejecución del contrato ($15.000.000.00), para un total de $286´118.187.00, y perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente valorados en $100´000.000.00.*

*Partiendo de la competencia establecida a los árbitros por la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia y los hechos probados, el Ministerio Público encuentra que el Tribunal de Arbitramento dictó una condena, adoptando disposiciones contradictorias, pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión, porque no se encontraba habilitado legalmente para ordenar el correspondiente restablecimiento con fundamento en la única pretensión de la parte convocante en la demanda arbitral de liquidar el contrato de obra.*

9.3. Tercera causal: Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Haber recaído e laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. En este punto, básicamente, señaló que la sentencia no se pronunció sobre asuntos que estaban sujetos a su decisión, concretamente los argumentos expuestos por el agente del Ministerio Público en sus alegatos finales relativos a la improcedencia de la indemnización de perjuicios materiales por actividades desarrolladas por el contratista bajo su propio riesgo cuando el contrato se encontraba suspendido.

10. El recurso de anulación del municipio convocado sólo tuvo como causal la 9 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Al respecto, consideró que el Tribunal resolvió el asunto de forma incongruente con lo pedido en la demanda, en la medida que se pronunció sobre las pretensiones consecuenciales de la liquidación del contrato como si fueran independientes y principales, con lo que falló extra petita, además de cambiar la *causa petendi* invocada por la sociedad convocante al declarar un incumplimiento no pedido. Afirmó entonces:

*En síntesis de lo expuesto en el presente escrito, tenemos que el convocante VIVITAR CONSTRUCCIONES Ltda., limitó las pretensiones objeto del presente protocolo arbitral, a que el Tribunal de Arbitramento decidiera: como pretensión principal, a que se procediera a la liquidación del contrato de obra Nº 003 de 2011, pretensión que no fue reconocida por desbordar su ámbito de competencia y, que en cambio el laudo del 13 de abril del 2016, violentando el principio general del derecho, que establece que LO ACCESORIO SIGUE A LO PRINCIPAL, accedió a reconocer la pretensión secundaria, ACCESORIA A LA PRETESIÓN PRINCIPAL DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, y condenó al municipio de Puerto Santander a reconocer y pagar a VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA unas sumas de dinero relacionados con la póliza de seriedad de la oferta ($523.641.00), póliza de cumplimiento ($15´145.490.00), póliza de responsabilidad civil extracontractual ($861.556.00), nuevos diseños arquitectónicos ($77´145.000), nuevos diseños estructurales ($77´145.000), nuevos diseños hidráulicos y sanitarios ($38´572.500), nuevos estudios de suelos ($23´152.500.00), para un total de $286´118.187.00, y perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente valorados en $100´000.000.00, desconociendo la calidad subsidiaria que estos reconocimientos tiene de manera indisoluble con la pretensión denegada de la liquidación del contrato.*

*Resulta incuestionable, que en este caso lo perseguido por el convocante, como PRETENSIÓN PRINCIPAL era que el tribunal de Arbitramento, ordenara la LIQUIDACIÓN del contrato de obra 003 de 2011, y que una vez LIQUIDADO, como PRETENSIÓN ACCESORIA A LA LIQUIDACIÓN, se ordenara consecuencia (sic) que el municipio de Puerto Santander, pagara las pretensiones subsidiarias listadas en el párrafo anterior, razón por la cual desde un punto de vista lógico y jurídico el tribunal de Arbitramento, en una reprochable decisión extra petita se excedió por fuera de su competencia, al reconocer pretensiones inescindiblemente ligadas a la principal que había denegado por no ser precisamente de su órbita funcional.*

*1.3. Además, resulta inconcuso que el laudo del 13 de abril de 2016, presenta incongruencia, por cuanto, resulta evidente que el Tribunal de Arbitramento, decisión con base en “causa petendi” distinta a la invocada por el convocante.*

*La congruencia es una consecuencia del principio dispositivo que orienta la actividad procesal arbitral, que exige que el laudo ha de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el Tribunal de Arbitramento otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandante ni fundar la decisión en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso.*

*En la pretensión primera la parte convocante solicitó que se ordenara la liquidación del contrato 003 de 2011, y subsidiariamente como consecuencia de la liquidación, que se ordenara el pago de las pretensiones asaz (sic) mencionadas. En ninguna parte de las pretensiones invocadas por el demandante, solicitó como pretensión principal que se declarara el incumplimiento del contrato por parte del municipio de Puerto Santander y que como consecuencia del mismo se declarara la existencia de un desequilibrio económico que generara el derecho del contratista de percibir un restablecimiento económico o indemnización, por cuenta de la responsabilidad de la administración.*

*Una interpretación armónica de las pretensiones, incluso a partir de su literalidad, en ningún a aparte explica que el convocante pretendió la declaración del incumplimiento del contrato, del modo como el Tribunal de Arbitramento se pronunció. Y aunque lo anterior es válido para fundamentar la prosperidad de la presente solicitud de anulación, se expondrá una razón más que confirma este análisis. Está claro que entre las pretensiones NUNCA se solicitó declarar que se rompió el equilibrio económico del contrato, concretamente por el incumplimiento por parte del Municipio de Puerto Santander al no entregar oportunamente el anticipo parcial de obra plasmado en la cláusula sexta del contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011 e igualmente al no entregar el contratista los diseños adecuados para la ejecución del contrato de obra.*

11. Vivitar descorrió traslado de cada uno de los recursos los días 26 de mayo y el 22 de junio del 2016 y presentó su oposición de la siguiente forma:

11.1. Respecto del recurso de la Procuraduría (f. 1387-1400 c. ppl), inició por desestimar que en el caso se hubiese presentado la caducidad (causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012) de la acción contractual resuelta mediante la actuación del Tribunal de Arbitramento, aunque en realidad esta causal nunca fue formulada.

11.2. Rechazó la configuración de la causal contenida en el artículo 6 de la Ley 1563 del 2012, señalando que esta, por disposición de esa misma norma, sólo puede ser alegada como motivo de anulación del laudo cuando se hizo saber su configuración al Tribunal durante el trámite procesal. A estos efectos recordó que aunque el Ministerio Público afirma en el recurso haber hecho saber a los árbitros que se había vencido el término para proferir la aclaración, de esto no quedó constancia. Agregó que en caso de prosperar la causal, sólo se afectaría la aclaración.

11.3. Respecto de la causal 8, señaló que en realidad la parte resolutiva no contenía ni errores aritméticos ni disposiciones contradictorias, por lo que no se configuró. Sobre esto último, recordó que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación las disposiciones contradictorias son aquellas que se excluyen y la concesión de una implica necesariamente el rechazo de la otra. También señaló que debió ser puesto de presente esta circunstancia en el trámite arbitral.

11.4. Finalmente, sobre la causal n.º 9 alegada por la Procuraduría, indicó que con ella se estaba pretendiendo convertir el recurso de anulación en una especie de segunda instancia, lo que repugna al sentido de la anulación como extraordinaria. Así, en su sentir, no se alega que no haya congruencia entre lo pedido y lo fallado –núcleo de la causal-, sino que se disiente con lo sustancialmente resuelto sobre los perjuicios deprecados. Agregó que en cualquier caso este reconocimiento sí era procedente, porque la suspensión del contrato se produjo, precisamente, para que el convocante y contratista hiciera los estudios que no fueron pagados y que constituyen la condena recurrida.

11.5. Por otra parte, respecto del recurso del municipio (f.1424-1434 c. ppl), que únicamente formuló la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, indicó que esta no se configuró, porque no es cierto que los árbitros estuvieran impedidos para resolver sobre las pretensiones indemnizatorias y de incumplimiento por no haberse accedido a la liquidación del contrato. En tal sentido, afirmó que la justicia arbitral tiene la potestad de pronunciarse sobre cualquier súplica puesta a su consideración, bien sea esta principal o subsidiaria.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

12. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 del 2011 que le asignó a esta Corporación la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato n.º 003 del 2 de diciembre del 2011 celebrado con la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. fue suscrito por el municipio de Puerto Santander, Norte de Santander, como contratante.

13. Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 13 de abril de 2016 y los recursos de anulación fueron interpuestos en su contra el 11 de mayo y 13 de junio del 2016 del mismo año, es decir en vigencia de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación –art. 119-. La demanda arbitral también fue presentada en vigencia de la Ley 1563 del 2012 -27 de abril del 2015-, por lo que es claro que el recurso de anulación se rige por lo dispuesto en esa norma.

**II. Problema jurídico**

14. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en las causales de anulación alegadas por los recurrentes, para lo cual analizará i) si el fallo y su aclaración fueron proferidos durante el plazo legalmente previsto para ello, ii) si el fallo contiene en su parte resolutiva disposiciones contradictorias, y iii) si el fallo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en la forma expuesta en los recursos.

**III. Análisis de la Sala**

15. Antes de emprender el análisis de cada una de las causales aducidas en los recursos de anulación interpuestos por el Ministerio Público y el municipio convocado en contra del laudo arbitral proferido el 13 de abril del 2016 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra n.o 003 del 2011, procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que es el arbitramento, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

*16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in judicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso[[1]](#footnote-1).*

*17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral[[2]](#footnote-2), en cuanto el artículo 116 de la Constitución Política autoriza investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.*

*18. Por tratarse de una atribución excepcional de la función de administrar justicia que se hace a favor de particulares, el tribunal de arbitramento que surge carece de vocación de permanencia y es conformado con un carácter temporal, limitado exclusivamente al término necesario para proferir la decisión, esto es, el laudo arbitral a través del cual se decidirá la controversia planteada, por lo cual una vez expedido, dicho tribunal pierde su razón de ser y por lo tanto desaparece. Como lo afirma la doctrina:*

*El árbitro está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto.*

*(…) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (…)[[3]](#footnote-3)*

*19. De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (…)*[[4]](#footnote-4)*.*

**Las causales de anulación**

16. Se iniciará por el análisis de las **causales formuladas por el ministerio público**.

**Primera causal: causal 6 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.**

17. Esta causal no está llamada a prosperar porque el laudo fue proferido dentro del término previsto en la ley para el efecto, y el hecho de que la providencia por la que se resolvió la solicitud de la agencia del Ministerio Público para la aclaración, adición o corrección resulta irrelevante.

18. Sobre la causal en comento, esta Sección ha tenido la oportunidad de aclarar[[5]](#footnote-5) algunos conceptos derivados de la norma que la contiene y ha interpretado los requisitos para su configuración. Así, se ha explicado que esta causal se encontraba prevista anteriormente en términos similares en el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con la diferencia que en este sólo se hacía referencia a la anulación del laudo cuando este se profiera después del término fijado para el proceso, por lo que en su vigencia era controversial la suerte que corría el laudo cuando era la decisión complementaria la que se profería extemporáneamente.

19. La Sección ha interpretado que con el cambio introducido por la Ley 1563 de 2012 en la causal 6 de su artículo 41, en el que se habla no sólo del laudo sino también de la decisión que resuelva sobre la adición, aclaración o corrección del laudo, se solucionó esta controversia, ya que la diferenciación entre los dos momentos implica su independencia y en tal sentido si, como en este caso, es únicamente la providencia accesoria la que se profiere extemporáneamente, sólo esta se vería afectada por la irregularidad y el laudo quedaría incólume[[6]](#footnote-6).

20. Por otra parte, el inciso final del artículo 41 establece que *“la causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término”.* Al respecto, vale resaltar que a pesar de que el recurso extraordinario de anulación de la Procuraduría afirmó que durante la audiencia pública en la que se dictó la providencia accesoria se advirtió a los árbitros el vencimiento del plazo para el efecto, el acta levantada ese día por el tribunal no refleja esta circunstancia, por lo que no se cumple el requisito y la causal no prospera.

**Segunda causal: causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.**

21. Esta causal no está llamada a prosperar, porque no hay disposiciones contrarias o excluyentes en la parte resolutiva del laudo arbitral del 13 de abril de 2016, según se pasa a explicar.

22. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha expuesto en decisiones precedentes[[7]](#footnote-7), con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que esta causal se configura cuando en la parte resolutiva de la sentencia arbitral aparecen órdenes o disposiciones que hagan imposible su ejecución simultanea o concomitante, como cuando “*una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago*”[[8]](#footnote-8).

23. La Sala entiende que en sentir de la Procuraduría en este caso se presenta una contradicción en la parte resolutiva del laudo del 13 de abril del 2016 en cuanto no resulta procedente que el tribunal se haya negado a liquidar el contrato de obra n.º 003 de 2011, pero sí haya hecho declaraciones relativas al incumplimiento del municipio de Puerto Santander de dicho acuerdo y hubiese ordenado el pago de indemnización por tal causa. Sin embargo, en realidad la contradicción no existe en los términos arriba anotados.

24. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la liquidación del contrato estatal *“tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas (…)”[[9]](#footnote-9)*.

25. Sin embargo, aunque la liquidación del contrato es el escenario ideal para realizar un corte de cuentas entre las partes y verificar el estado del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, nada impediría a una de las partes que, por ejemplo, pidieran se declarara el incumplimiento de su contraparte sin solicitar de igual manera que se liquidara el contrato.

26. En efecto no sería lo más idóneo, pues implicaría dejar abierta una relación contractual cuando no debería ser así. Pero en cualquier caso nada impediría que se hiciera una demanda en tales términos.

27. De igual manera, aunque el Tribunal pudiese haber usado una argumentación inadecuada para sustentar su decisión de abstenerse de liquidar el contrato, lo cierto es que la declaratoria de incumplimiento y correspondiente pago indemnizatorio no dependen en su ejecución de que el contrato de obra n.º 003 de 2011 se liquide de forma definitiva o no.

28. En otras palabras, dado que la causal formulada por la Procuraduría se refiere al específico caso en el que la ejecución de una orden -en este caso el pago de una indemnización por incumplimiento contractual- no pudiese ejecutarse por la existencia de otra disposición que resultara absolutamente contradictoria o excluyente, y esto no ocurre en este caso porque la declaratoria de incumplimiento no encuentra como requisito *sine qua non* la liquidación judicial del contrato, esta no está llamada a prosperar.

**Tercera causal: causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.**

29. La causal aducida por el recurrente es una manifestación del principio de congruencia de las sentencias[[10]](#footnote-10), el cual se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado (fallo *ultra petita*) o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo *extra petita*) o cuando se concede menos de lo pedido (fallo *citra o infra petita*); *“(…) 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”[[11]](#footnote-11)*.

30. De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre **lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal**, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues *“para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante,* ***o sea la resolutiva, teniendo en cuenta que esta causal*** *no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo”[[12]](#footnote-12),* limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales,

*“(…) el cual apunta a verificar que desde el punto de vista formal se haya dado cumplimiento a las normas que regulan el proceso arbitral y ha sido instituido precisamente, como mecanismo que garantice el debido proceso en los trámites arbitrales. En consecuencia, apunta a corregir errores in procedendo, no errores in judicando, lo que le impide al juez del recurso entrar a analizar las consideraciones de fondo y sustantivas que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para decidir”[[13]](#footnote-13).*

31. Ahora, tal como se dejó indicado en el párrafo 9.3. de esta providencia, el Ministerio Público considera que en este caso se configura la causal porque no se resolvió sobre un punto que fue puesto en consideración del tribunal. Este punto, específicamente, es el de la improcedencia de la condena impuesta al municipio por estudios y diseños que se realizaron cuando el contrato ya se encontraba suspendido por las partes, el cual fue propuesto por la Procuraduría en la oportunidad otorgada para alegar de conclusión en el trámite arbitral.

32. Al respecto, baste con recordar que, como se ha expuesto, esta causal se predica de una incoherencia existente entre lo pedido en la demanda arbitral y el laudo. En este caso lo que se dejó de resolver, supuestamente, es un punto expuesto por el agente del Ministerio Público en una de las oportunidades en las que intervino, por lo que la causal no puede prosperar, ya que haberse resuelto este o no, nada tiene que ver nada con la congruencia entre lo pedido y lo fallado.

33. A continuación, se resuelve la única **causal propuesta por el municipio de Puerto Santander, Norte de Santander**.

**Causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012: Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.**

34. De nuevo se somete al estudio de la Sala la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 del 2012, relativa a la falta de congruencia entre la demanda arbitral y el fallo. En esta ocasión, el municipio de Puerto Santander alega que la causal se configuró dado que la sentencia recurrida terminó declarando un incumplimiento que no fue solicitado en la convocatoria del tribunal como parte de las pretensiones, además de que se decidió sobre las pretensiones consecuenciales de la liquidación del contrato como si fueran independientes y principales, con lo que falló *extra petita*.

35. En primer lugar, la Sala debe recordar que la Sección Tercera ha aclarado que la incongruencia de la que trata esta causal no puede ser entendida en una forma en la que cualquier discordancia entre la literalidad de la pretensiones alegadas y el fallo pueda ser entendido como tal. Por el contrario, el fallador arbitral está en libertad de decidir sobre materias que, aunque no hubiesen sido literalmente solicitadas en la convocatoria, resultan de la esencia de lo que, de acuerdo con lo que allí se ha expuesto y deprecado, debe resolverse.

36. En tal sentido se reitera que *“no se configura el vicio de incongruencia o inconsonancia cuando el fallador toma decisiones que pese a no haberse pedido en la demanda en forma expresa, pueden deducirse implícitamente por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente”[[14]](#footnote-14)*.

37. En el caso concreto le asiste razón al municipio convocado en el sentido de que en la literalidad de las pretensiones contenidas en la convocatoria del laudo no se refiere nunca la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra n.º 003 del 2011, tal como se puede observar en el párrafo 1 de esta providencia.

38. Sin embargo, las pretensiones sí están dirigidas a que se ordene la indemnización de los perjuicios económicos de distinto orden derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato, exponiendo en el sustento fáctico razones que dan a entender que ello ocurrió por causas imputables al ente contratante, de una manera que sólo puede ser entendida como el desconocimiento de este de las obligaciones puestas en cabeza suya por dicho negocio jurídico, particularmente porque se refieren circunstancias relativas a la financiación del proyecto, lo cual era del resorte exclusivo del municipio.

39. Siendo esto así, resulta evidente que parte de lo que se pretende en la demanda introductoria de este proceso es la declaración de una responsabilidad de naturaleza contractual en cabeza del municipio de Puerto Santander, Norte de Santander, la cual no puede expresarse de otra forma que como un incumplimiento contractual con la correspondiente indemnización de los perjuicios que se derivaron de este.

40. En este orden ideas, aun cuando la declaratoria de un incumplimiento no fuera parte expresa de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante, la responsabilidad contractual que esta pretende que sea declarada implica una inescindibilidad con la forma con la que esta responsabilidad se produjo, que para el caso concreto no puede entenderse de otra forma que como un incumplimiento contractual, que es lo que se declaró en la parte resolutiva del laudo recurrido. Por tal razón, no existe la alegada incongruencia entre lo solicitado en la convocatoria y la decisión arbitral final, por lo que no prospera la causal por esta causa.

41. Finalmente, respecto de la configuración de la causal por haberse decidido sobre los perjuicios aun cuando no se accedió a la pretensión de liquidar el contrato, se reitera que en lo que tiene que ver con la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento de una de las partes, no resulta inseparable lo uno y lo otro, y bien podía haberse decidido sobre la reparación de perjuicios aun cuando el fallador arbitral consideró no contar con la competencia para resolver sobre la liquidación.

42. Por esta razón resulta irrelevante que el demandante hubiese podido presentar como principal la pretensión relativa a la liquidación del contrato, en cuanto lo cierto es que difícilmente puede hablarse de un fallo extrapetita cuando, en últimas, tanto aquella solicitud como la de reparar los perjuicios que se produjeron por la conducta del contratante –aspecto decidido de fondo por el laudo- se pusieron a consideración del Tribunal de Arbitramento. Se insiste entonces en la falta de vocación de prosperidad de la causal.

**IV. Costas**

43. Como las causales de anulación del laudo arbitral alegadas en los recursos no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto estos se declararán infundados, el municipio de Puerto Santander será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 1563 del 2012 y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 5 S.M.L.V[[15]](#footnote-15).

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

#### F A L L A

**PRIMERO: Declarar** infundados los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por el Ministerio Público y el municipio de Puerto Santander en contra del laudo arbitral proferido el 13 de abril de 2016 por el Tribunal de Arbitramento designado para la Cámara de Comercio de Cúcuta para dirimir la controversia contractual surgida entre la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. y dicho ente territorial, con ocasión del contrato de obra n.º 003 del 2011.

**SEGUNDO:** **Condenar** en costas al municipio de Puerto Santander, Norte de Santander y por consiguiente al pago a favor de la convocante Vivitar Construcciones Ltda. la suma equivalente a 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión.

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

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Magistrada**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Presidente de la Subsección**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Salvamento de voto. Omisión de juez arbitral en resolver pretensión sobre liquidación del contrato**

Considero que el laudo está incurso en la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto, en la medida en que los árbitros omitieron resolver la pretensión relativa a la liquidación del contrato. La pretensión se elevó y no fue resuelta.

**LAUDO ARBITRAL - Principio de congruencia. Fallo incongruente, salvamento de voto / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Salvamento de voto: Debió prosperar causal de anulación y emitir fallo en remplazo**

De la comparación entre las pretensiones de la demanda y lo resuelto en el laudo arbitral, deviene un fallo incongruente, por cuanto, si bien los árbitros se pronunciaron sobre la liquidación del contrato, lo hicieron para señalar su falta de competencia, aunque a tiempo de fijar esta última convinieron en la misma. De donde no se entiende cómo dejar el punto sin definir dada su trascendencia, en cuanto única manera de establecer el balance financiero y corte de cuentas. (…) De esta forma, los árbitros desconocieron el principio de congruencia y el recurso ha debido prosperar. Ahora, si bien su naturaleza extraordinaria impide evaluar la manera como se interpretó el contrato, la demanda y decidieron las súplicas, la restricción no comprende las omisiones para el caso y el estudio del estado de las prestaciones, para así culminar con la liquidación. De ahí que la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 debía prosperar, en la medida en que los árbitros no decidieron sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (…) En virtud de la prosperidad de la causal, procedía dictar un fallo de reemplazo.

**CONDENA EN COSTAS - Salvamento de voto / AGENCIAS EN DERECHO - Se debió fijar en 10% del valor de las pretensiones**

En cuanto a la condena en costas (…) en el sub lite, se debió dar aplicación a las disposiciones de los artículos 5º y 6º de la mentada disposición, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción -numeral 3.4.2.2.-. Esto, por tratarse de una norma especial. No así el numeral 1.12.2.3, el cual, si bien regula lo concerniente a la anulación de laudos arbitrales, se refiere a los procesos ordinarios adelantados ante las jurisdicciones civil, comercial, agraria y de familia. Cabe precisar, además, que en la sentencia debió condenarse en costas a la parte recurrente, ordenándose que fueran liquidadas por la Secretaría de la Sección y, como consecuencia, fijar las agencias en derecho en el equivalente previsto en la norma en cita.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00095-00(57388)**

**Actor: VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA.**

**Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER**

**Referencia: ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 5 de abril de 2017, expongo a continuación las razones que me llevaron a salvar el voto.

**1.- Antecedentes**

El municipio y el Ministerio Público interpusieron recurso de anulación en contra del laudo arbitral de 13 de abril de 2016. Para el efecto, alegaron la configuración de las causales 6, 8 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones. Declaró el incumplimiento del ente territorial, por la entrega tardía del anticipo y de los diseños requeridos para la ejecución del contrato de obra. Consideró, además, que no le asistía competencia para resolver sobre la liquidación del contrato, pues, a su parecer, era un asunto exclusivo del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y concluyó que era *“un tema vedado para los tribunales de arbitramento”*.

El Ministerio alegó la configuración de la i) causal 6, por cuanto el laudo y la aclaración se profirieron vencido el término para el proceso arbitral; ii) causal 8, pues la sentencia declaró el incumplimiento, el desequilibrio y reconoció perjuicios, empero omitió liquidar el contrato, como se pidió en el libelo; iii) causal 9, comoquiera que el tribunal no se pronunció sobre los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, relativos a la improcedencia de la indemnización por actividades desarrolladas por el contratista bajo su propio riesgo. El municipio, por su parte, invocó la causal 9, en la medida en que los árbitros cambiaron la causa petendi, comoquiera que declararon el incumplimiento, sin que se hubiese pedido.

La posición mayoritaria declaró infundados los recursos de anulación y condenó en costas al municipio, en el equivalente a cinco (5) salarios. Concluyó que, en síntesis, i) el laudo y su aclaración fueron proferidos dentro del término; ii) la parte resolutiva de la decisión no contenía disposiciones contradictorias o excluyentes y iii) la causal 9 no tiene que ver con la congruencia entre lo pedido y lo fallado. Además, consideró que, no obstante no haberse solicitado el incumplimiento de la entidad, la demanda estaba dirigida al reconocimiento de perjuicios por causa imputables a la contratante. Se señala, por otro lado, que *“bien podía haberse decidido sobre la reparación de perjuicios aun cuando el fallado arbitral consideró no contar con la competencia para liquidar”*.

**2.- Argumentos que soportan el salvamento**

**2.1.- Procedía declarar fundado el cargo de incongruencia previsto en el numeral 9 de del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

Considero que el laudo está incurso en la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto, en la medida en que los árbitros omitieron resolver la pretensión relativa a la liquidación del contrato. La pretensión se elevó y no fue resuelta.

La posición mayoritaria declaró infundada la causal. Para el efecto, señaló:

*“37. En el caso concreto le asiste razón al municipio convocado en el sentido de que en la literalidad de las pretensiones contenidas en la convocatoria del laudo no se refiere nunca la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra n.º 003 del 2011, tal como se puede observar en el párrafo 1 de esta providencia.*

*38. Sin embargo, las pretensiones sí están dirigidas a que se ordene la indemnización de los perjuicios económicos de distinto orden derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato, exponiendo en el sustento fáctico razones que dan a entender que ello ocurrió por causas imputables al ente contratante, de una manera que sólo puede ser entendida como el desconocimiento de este de las obligaciones puestas en cabeza suya por dicho negocio jurídico, particularmente porque se refieren circunstancias relativas a la financiación del proyecto, lo cual era del resorte exclusivo del municipio.*

*39. Siendo esto así, resulta evidente que parte de lo que se pretende en la demanda introductoria de este proceso es la declaración de una responsabilidad de naturaleza contractual en cabeza del municipio de Puerto Santander, Norte de Santander, la cual no puede expresarse de otra forma que como un incumplimiento contractual con la correspondiente indemnización de los perjuicios que se derivaron de este.*

*40. En este orden ideas, aun cuando la declaratoria de un incumplimiento no fuera parte expresa de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante, la responsabilidad contractual que esta pretende que sea declarada implica una inescindibilidad con la forma con la que esta responsabilidad se produjo, que para el caso concreto no puede entenderse de otra forma que como un incumplimiento contractual, que es lo que se declaró en la parte resolutiva del laudo recurrido. Por tal razón, no existe la alegada incongruencia entre lo solicitado en la convocatoria y la decisión arbitral final, por lo que no prospera la causal por esta causa.*

*41. Finalmente, respecto de la configuración de la causal por haberse decidido sobre los perjuicios aun cuando no se accedió a la pretensión de liquidar el contrato, se reitera que en lo que tiene que ver con la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento de una de las partes, no resulta inseparable lo uno y lo otro, y bien podía haberse decidido sobre la reparación de perjuicios aun cuando el fallador arbitral consideró no contar con la competencia para resolver sobre la liquidación.*

*42. Por esta razón resulta irrelevante que el demandante hubiese podido presentar como principal la pretensión relativa a la liquidación del contrato, en cuanto lo cierto es que difícilmente puede hablarse de un fallo extrapetita cuando, en últimas, tanto aquella solicitud como la de reparar los perjuicios que se produjeron por la conducta del contratante –aspecto decidido de fondo por el laudo- se pusieron a consideración del Tribunal de Arbitramento. Se insiste entonces en la falta de vocación de prosperidad de la causal”.*

Con fundamento en lo anterior, la Sala resolvió:

***“PRIMERO: Declarar*** *infundados los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por el Ministerio Público y el municipio de Puerto Santander en contra del laudo arbitral proferido el 13 de abril de 2016 por el Tribunal de Arbitramento designado para la Cámara de Comercio de Cúcuta para dirimir la controversia contractual surgida entre la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. y dicho ente territorial, con ocasión del contrato de obra n.º 003 del 2011.*

***SEGUNDO:******Condenar*** *en costas al municipio de Puerto Santander, Norte de Santander y por consiguiente al pago a favor de la convocante Vivitar Construcciones Ltda. la suma equivalente a 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión.*

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

El 27 de abril del 2015, en escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cúcuta, la sociedad Vivitar Construcciones Ltda. presentó solicitud de conformación de tribunal de arbitramento con el objeto de resolver las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra n.º 003 del año 2011, suscrito con el objeto de adelantar la construcción de un centro educativo en el casco urbano de Puerto Santander. Se pactó en la cláusula trigésima el compromiso de acudir a la justicia arbitral. Acorde con lo solicitado se pretendió:

*“PRINCIPALES*

*PRIMERA: solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO* ***se proceda a liquidar el contrato*** *No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER suscrito el día 02 de diciembre de 2011, entre la empresa VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA con nit No 807.003.576-1 representada legalmente por el señor FREDDY ALFONSO MARQUEZ GUTIÉRREZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.488.503 de Cúcuta y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE PUERTO DE SANTANDER representado para la fecha del contrato por el Dr. HENRY MANUEL VALERO PEINADO identificado con la cédula de ciudadanía No 88.209.538 de Cúcuta, solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se le ordene al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER a reconocer y realizar el pago de los siguientes valores:*

*A) Gastos relacionados a póliza de seriedad de la oferta por un valor de QUINIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESO ($523.641.oo)*

*B) Gastos relacionados a póliza de cumplimiento por un valor DE QUINCE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS ($15.145.490.oo)*

*C) Gastos relacionados a póliza de responsabilidad civil extracontractual por un valor de OCHCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (861.556.oo)*

*D) Valor de los nuevos diseños arquitectónicos por un valor de SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($77.145.000.oo)*

*E) Valor de los nuevos diseños estructurales por un valor de SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($77.145.000.oo)*

*F) Valor de los nuevos diseños hidráulicos y sanitarios por un valor de TRNTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($38.572.500.oo)*

*G) Valor de los nuevos diseños eléctricos por un valor de TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($38.572.000.oo)*

*H) Valor de los nuevos estudios de suelos por un valor de VEINTITRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS ($23.152.500.oo)*

*I) Costos de funcionamiento de la empresa en el tiempo que fue necesario mientras se ejecutaba el contrato, valor que asciende a QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.oo)*

*TOTAL GASTOS.: DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES CIENTO DIEZ OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS….$286.118.187.oo*

*SEGUNDA: de conformidad al hecho DÉCIMO SEXTO de esta solicitud y de conformidad a la pretensión principal, una vez se ordene la liquidación del contrato No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER suscrito el día 02 de diciembre de 2011, entre la empresa Vivitar Construcciones Ltda Nit No. 807.003.576-1 representada legalmente por el señor FREDDY ALFONSO MARQUEZ GUTIÉRREZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.488.503 de CÚCUTA y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE PUERTO DE SANTANDER representado para la fecha del contrato por el Dr. HENRY MANUEL VALERO PEINADO identificado con la cédula de ciudadanía No 88.209.538 de Cúcuta, solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se le ordene al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER reconocer y ordenar al el (sic) pago de perjuicios relacionados al daño emergente los cuales se estiman en la suma de*

*CIEN MILLONES DE PESOS--------------------------------($100.000.000.oo)*

*TOTAL PERJUICIOS DAÑO EMERGENTE*

*CIEN MILLONES DE PESOS--------------------------------($100.000.000.oo)*

*TERCERO: De conformidad al hecho DÉCIMO SEXTO de esta solicitud, debido que no se pudo continuar con la ejecución del contrato No 003/2011 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA cuyo objeto principal era la CONSTRUCCIÓN DE LA SEDE EDUCATIVA URBANA INTEGRADA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER el pago de los perjuicios derivados del LUCRO CESANTE los cuales se estiman en el 10% sobre el valor del contrato el cual se suscribió por un valor de DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLÓN MILLONES (sic) OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($2.961.187.659.oo)*

*TOTAL PERJUICIOS LUCRO CESANTE*

*DOS CIENTO (sic) NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS…………………………………………………...($296.187.659.oo)*

*CUARTO: solicito ante el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se proceda a condenar al MUNICIPIO DE PUERTO SANTANDER a el (sic) pago de los intereses moratorios legales a favor de la empresa VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA, tasados en la tarifa máxima legal establecida por la ley”.*

El 13 de abril del 2016, el Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, se inhibió de fallar de fondo en otras y, en síntesis, se declaró el incumplimiento del municipio Puerto Santander del contrato de obra n.º 003 de 2011 y le ordenó el pago de perjuicios. La parte resolutiva de la providencia es del siguiente tenor:

*“PRIMERO****: Por tratarse de un contrato estatal y no hallarse sometidos a la decisión de los árbitros los temas relacionados con la Liquidación Bilateral por común acuerdo de las partes, ni la Liquidación Unilateral de la Administración, ni la Liquidación Judicial, ni la revisión del contrato, reservada exclusivamente a la jurisdicción Contencioso Administrativa*** *por acusación y revisión privativa de la Liquidación Unilateral, este Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre la pretensión Primera de la demanda y sobre las referencias que en otras pretensiones se hacen a esos mismos temas.*

*SEGUNDO: Con las salvedades y limitaciones hechas en el punto anterior, Declárese que el Municipio de Puerto Santander incumplió el contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011 y cuyo objeto era la Construcción de la Sede Educativa Urbana Integrada del Casco Urbano del Municipio de Puerto Santander al no entregar oportunamente el anticipo parcial de obra plasmado en la cláusula sexta del contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011 e igualmente al no entregar al contratista los diseños adecuados para la ejecución del contrato de obra.*

*TERCERO: Declárese que los costos de los nuevos diseños y estudios de suelos allegados por el contratista Vivitar Construcciones Ltda. Fueron asumidos en su totalidad por la sociedad demandante en el presente trámite arbitral.*

*CUARTO: Declárese y Condénese que el municipio de Puerto Santander ADEUDA a sociedad VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS ($254.587.500.oo) por el valor de los nuevos diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos-sanitarios, eléctricos y los nuevos estudios de suelos.*

*QUINTO: Declárese y Condénese que el municipio de Puerto Santander ADEUDA a la sociedad VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($296.187.659.oo) por concepto del valor del lucro cesante que se estimaban en el valor del contrato de obra No 003 de diciembre 2 de 2011, que se cancelará dentro de los quince (15) días siguientes a la expedición del presente Laudo Arbitral.*

*Parágrafo: Los anteriores valores o sea los puntos CUARTO Y QUINTO del presente fallo, deben ser indexados o llevados a valor presente por el IPC, desde el momento en que se causaron hasta su respectivo pago.*

*SEXTO: Condénase en costas al municipio de puerto Santander en favor del Contratista VIVITAR CONSTRUCCIONES LTDA discriminadas así:*

*1) Agencias en Derecho: La suma diez y siete millones ochocientos veinte un mil ciento veinte cinco pesos moneda legal ($17.821.125.00).*

*2) Gastos del proceso. La suma cincuenta y nueve millones sesenta y un mil doscientos pesos ($59.061.200.oo)*

*SÉPTIMO: Por no probarse dentro del proceso, las pretensiones secundarias en su punto I) al igual que la pretensión secundaria en su segundo punto, no se tendrán en cuenta, no prosperan.*

*OCTAVO: Los puntos A) –B) y C) de las pretensiones secundarias no prosperan por cuanto estos gastos forman parte de la ejecución de prestaciones que surgieron de la ley y del contrato para el particular.*

*NOVENO. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por el municipio de Puerto Santander.*

*DÉCIMA: Ordénese por secretaría la expedición y copias auténticas del presente Laudo al Ministerio Público para lo de su cargo.*

*DÉCIMA PRIMERA: Ordénase por Secretaría la expedición y entrega de copias auténticas de este laudo a las partes, Convocante y Convocada, a través de sus apoderados.*

*DÉCIMA SEGUNDA. Por Secretaría y con destino al CENTRO DE CONCILIACIÓN y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CÚCUTA, expídase y entréguese copia auténtica del presente Laudo.*

*DÉCIMA TERCERA: Por el presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de Gastos protocolícese el laudo, una vez ejecutoriado, en una Notaría del Círculo de Cúcuta”.*

Los árbitros consideraron que no tenían competencia para resolver sobre la liquidación del contrato, dado que está vedado al conocimiento de la justicia arbitral. Sostuvieron:

*“A este respecto, el Tribunal debe recordar que el tema de la Liquidación de los Contratos Estatales está reglamentado en el aparte VI) de la ley 80 de 1993 por los artículos 60 y 61, según los cuales los contratos de tracto sucesivo y los contratos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, como es el caso que se discute, tienen que ser objeto de una “liquidación de común acuerdo por las partes” dentro del término señalado en el pliego de condiciones, o en su defecto, en el plazo que señala la Ley, con el objeto de que los mismos contratantes acuerden los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, haciendo constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que hayan llegado para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo (art. 60 L80/93).*

*Solamente cuando no puede hacerse la liquidación bilateral de las partes, ya sea porque el contratista no se presenta o ya sea porque no pudo llegarse a un acuerdo sobre el contenido de la misma se puede proceder a efectuar la liquidación unilateral y directa que como medio sustitutivo de aquella prevé el artículo 61 de la Ley 80 de 1993. Y esa Liquidación Unilateral, hecha por la entidad que represente o actúe por la Administración, tiene que adaptarse por acto administrativo motivado. Tal acto es susceptible del recurso de reposición y, desde luego, sometido al control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es la llamada a calificar si se sujeta al orden jurídico y si ha existido el respeto por las garantías y los derechos de los administrados. Por consiguiente, a la Liquidación Jurisdiccional de Contratos Estatales sólo se puede llegar por intermedio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y resulta tema absolutamente vedado para los tribunales de Arbitramento”.*

Como se observa, de la comparación entre las pretensiones de la demanda y lo resuelto en el laudo arbitral, deviene un fallo incongruente, por cuanto, si bien los árbitros se pronunciaron sobre la liquidación del contrato, lo hicieron para señalar su falta de competencia, aunque a tiempo de fijar esta última convinieron en la misma. De donde no se entiende cómo dejar el punto sin definir dada su trascendencia, en cuanto única manera de establecer el balance financiero y corte de cuentas.

Al respecto, la Sala encuentra que, si bien en la demanda arbitral no se planteó como pretensión que se declarara el incumplimiento contractual de la entidad pública, respecto de la ejecución del objeto contratado, el Tribunal ha debido detenerse en el análisis del cumplimiento para establecer la vocación de prosperidad de las pretensiones indemnizatorias o las acreencias adeudadas, en el marco de la ejecución de las prestaciones a cargo del concedente y concesionario.

De esta forma, los árbitros desconocieron el principio de congruencia y el recurso ha debido prosperar. Ahora, si bien su naturaleza extraordinaria impide evaluar la manera como se interpretó el contrato, la demanda y decidieron las súplicas, la restricción no comprende las omisiones para el caso y el estudio del estado de las prestaciones, para así culminar con la liquidación.

De ahí que la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 debía prosperar, en la medida en que los árbitros no decidieron sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

**2.2.- En virtud de la prosperidad de la causal, procedía dictar un fallo de reemplazo**

De conformidad con el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, *“(..) cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”*.

Como quedó establecido, los árbitros omitieron resolver sobre la pretensión de liquidación del contrato y, por tanto, analizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, necesario para proceder a liquidar. De ahí que debía prosperar la causal 9 de la norma en cita y proceder a proferir decisión de reemplazo. Para el efecto, se procedía a analizar el acervo probatorio, con miras a adelantar el estudio que se echaba de menos en el laudo arbitral.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de celebración del contrato del caso *sub exámine*, claramente establece que los contratos de tracto sucesivo, como el sometido a consideración de la Sala, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, **serán objeto de liquidación** de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En lo atinente a la liquidación del contrato, se trata de un imperativo de obligatorio cumplimiento, así no se haya pactado y aunque no se pretenda en la demanda.

Se trata de adelantar la actuación que sobreviene a la terminación, destinada a hacer constar el balance del contrato, las obligaciones satisfechas y los derechos exigidos, valores ejecutados y pendientes. De manera bilateral por el consenso de las partes o, en caso de no lograrse un acuerdo, unilateralmente por la administración, mediante acto administrativo motivado. Esto último, cuando el contratista no concurre al acto o se niega a suscribirlo, cualquiera fuere la causa, sin perjuicio de las constancias respectivas sobre la confrontación.

Como las partes no procedieron a liquidar el contrato, correspondía al juez definir el balance financiero y, de esta forma, finiquitar la relación contractual, tal y como fue solicitado por la parte convocante. El contrato no podía quedarse sin liquidar.

**2.3.- Los árbitros están facultados para liquidar el contrato**

Por último, cabe anotar que los árbitros sí tenían competencia para liquidar. El argumento esgrimido en el laudo es infundado.

La Constitución de 1991 facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias.

En relación con el control de legalidad de los actos administrativos por parte de los árbitros, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1436 de 2000, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, relativos a la cláusula compromisoria en los contratos estatales. Para el efecto, consideró que la función de confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. Sin embargo, la Corte destacó que la Ley 80 de 1993 facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, en cuanto se trata de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). De donde las autoridades no pueden impedir su uso o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).

Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan o se discuta la facultad de la administración para transigir, sin que los árbitros puedan pronunciarse sobre el ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración. Al respecto, la Corte ha sostenido:

*“(..) las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.*

*Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.*

*Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no pude ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para "suspender provisionalmente" los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.*

*Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más.*

*De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento.*

*Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él”.*

De atención a lo expuesto, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de sus poderes excepcionales.

Esto es en virtud del principio de arbitrabilidad objetiva -ratione materiae-, la competencia de los árbitros está vedada en los asuntos ajenos al poder de disposición, bien porque no se es titular del derecho o interés particular o el asunto no es transable o renunciable; tal sucede cuando el conocimiento de un determinado asunto está reservado a la jurisdicción estatal, como es ocurre en los casos del control de legalidad de los actos administrativos y de las obligaciones en las que va envuelto el orden público[[16]](#footnote-16).

Siguiendo la jurisprudencia constitucional acerca de la cláusula compromisoria, que tanto en vigencia de las normas contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983 como en la Ley 80 de 1993, no resulta legalmente procedente reconocer competencia a los Tribunales de Arbitramento para desatar las diferencias en torno a la **legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se ejercen las facultades exorbitantes**. Así la Sección profundizó en la determinación de la ratio decidendi del fallo constitucional contenido en la sentencia C-1436 de 2000, a propósito de lo cual concluyó que la limitación a la competencia de los Tribunales de Arbitramento se circunscribe a las cláusulas excepcionales de la contratación estatal, específicamente previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y que dicha limitante también se extiende la declaratoria de caducidad[[17]](#footnote-17). Entre las que no se comprende, ni tendría que comprenderse la liquidación.

**2.4.- Normatividad aplicable para condenar en costas y fijar las agencias en derecho**

En cuanto a la condena en costas en la sentencia se dispuso:

*“IV. Costas*

*43. Como las causales de anulación del laudo arbitral alegadas en los recursos no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto estos se declararán infundados, el municipio de Puerto Santander será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 1563 del 2012 y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J “por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 5 S.M.L.V[[18]](#footnote-18)”.*

*El artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 prevé que procede la condena en costas “a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o* ***anulación*** *que haya propuesto”. Así mismo, se dispondrá “en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena”, bajo la consideración de que “en la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación”.*

El Acuerdo n.° 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales.

Considero que, en el *sub lite*, se debió dar aplicación a las disposiciones de los artículos 5º y 6º de la mentada disposición, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción -numeral 3.4.2.2.-. Esto, por tratarse de una norma especial. No así el numeral 1.12.2.3, el cual, si bien regula lo concerniente a la anulación de laudos arbitrales, se refiere a los procesos ordinarios adelantados ante las jurisdicciones civil, comercial, agraria y de familia.

Cabe precisar, además, que en la sentencia debió condenarse en costas a la parte recurrente, ordenándose que fueran liquidadas por la Secretaría de la Sección y, como consecuencia, fijar lasagencias en derecho en el equivalente previsto en la norma en cita.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir asuntos sobre los que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: *“(…) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (…)”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-1)
2. [5] *“El artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, lo define así: “Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // “Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.” La misma Ley 446, define estas dos modalidades del pacto arbitral en los siguientes términos: “Artículo 116.- El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: // "Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (…). // Artículo 117.- Compromiso. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // ‘Artículo 3o. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. // El documento en donde conste el compromiso deberá contener: // a) El nombre y domicilio de las partes; // b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; // c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.".*  [↑](#footnote-ref-2)
3. [6] *“Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154”*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 52556, sentencia del 13 de abril del 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-5)
6. En el mismo sentido ver: Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2013). *El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional* en *Estatuto arbitral colombiano* (p.285)*. Bogotá, Legis.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio del 2002, expediente 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-7)
8. [14] Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de marzo del 2011, expediente n.º 16246, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-9)
10. El artículo 305 del C.P.C., lo consagra en los siguientes términos: *“Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. //En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 43440, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio del 2002, expediente 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-14)
15. La condena en costas está prohibida en casos en los que el recurrente sea el Ministerio Público, conforme con el artículo 43 de la Ley 1563 del 2012. [↑](#footnote-ref-15)
16. **Sentencia de 20 de febrero de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 41064.** [↑](#footnote-ref-16)
17. **Sentencia de 13 de noviembre de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 31755.** [↑](#footnote-ref-17)
18. **La condena en costas está prohibida en casos en los que el recurrente sea el Ministerio Público, conforme con el artículo 43 de la Ley 1563 del 2012.** [↑](#footnote-ref-18)