LAUDO ARBITRAL - Causal - Falta de jurisdicción - Competencia

La Ley 1563 de 2012 contempla la extensión de la jurisdicción arbitral a litisconsortes y terceros que no hicieron parte del pacto arbitral, sobre la base de que expresen su adhesión voluntaria y oportuna al referido pacto. Tratándose de los litisconsortes necesarios, el artículo 35 de la Ley 1563 de 2012 dispuso que el Tribunal de Arbitramento cesa en funciones en aquellos procesos en los cuales los litisconsortes necesarios que no hicieron parte del pacto arbitral no sean notificados o no se adhieran oportunamente.

INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO - Litisconsorcio necesario - Regulación normativa

La Ley 1563 de 2012 contempla la extensión de la jurisdicción arbitral a litisconsortes y terceros que no hicieron parte del pacto arbitral, sobre la base de que expresen su adhesión voluntaria y oportuna al referido pacto. Tratándose de los litisconsortes necesarios, el artículo 35 de la Ley 1563 de 2012 dispuso que el Tribunal de Arbitramento cesa en funciones en aquellos procesos en los cuales los litisconsortes necesarios que no hicieron parte del pacto arbitral no sean notificados o no se adhieran oportunamente. (…) Por virtud del artículo 82 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento de arbitraje nacional, de acuerdo con la integración normativa dispuesta en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2102, corresponde al convocante, en la demanda misma, identificar a las partes del litigio y delimitar el objeto de la controversia. La oportunidad para resolver la debida integración del contradictorio se impone, en primer lugar, en el auto admisorio de la demanda, pero también, habiendo conocido de la contestación de la demanda, el Tribunal Arbitral decide sobre su propia competencia y allí, puede ordenar la vinculación de litisconsortes, incluso sobre aquellos que no han sido identificados en tal calidad, por las partes. En igual forma, se considera viable la vinculación de litisconsortes en el curso del trámite arbitral, antes de proferir el laudo arbitral, por aplicación del artículo 61 del Código General del Proceso.

LAUDO ARBITRAL - Integración del contradictorio - Causal de nulidad - Saneamiento de nulidad

En el procedimiento arbitral se puede configurar la causal de nulidad del laudo arbitral por falta de competencia, prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, cuando ocurre que el sujeto procesal ha sido llamado como parte necesaria en el litigio, por decisión del propio Tribunal de Arbitramento, y en respuesta a ello manifiesta su no adhesión al pacto arbitral. Sin embargo, frente a la causal de nulidad por falta de competencia, siendo que el litisconsorte necesario es parte obligada en proceso arbitral, se advierte lo siguiente: aquel que procede a actuar en calidad de litisconsorte, habiendo sido notificado –incluso por conducta concluyente- y, en esa actuación deja de oponer la no adhesión al pacto arbitral, se verá sometido a la consecuencia probatoria de la existencia del pacto arbitral con respecto a él –como parte del litigio-, de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

LITISCONSORCIO NECESARIO - Competencia - Recurso de reposición

El litisconsorte necesario que es notificado de la demanda antes de la audiencia mediante la cual el Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia, no podrá invocar la causal de nulidad si no interpone el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. Finalmente, debe advertirse que de conformidad con el texto de la causal 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y con los artículos 135 y 136 del Código General del Proceso, el supuesto de la falta de notificación solo puede ser invocado por el recurrente afectado por ella.

REPRESENTACIÓN - Abogado - Falta de tarjeta profesional

Con fundamento en los artículos 4 y 5 del Decreto 196 de 1971 , la tarjeta profesional es un requisito para el ejercicio legal de la profesión de abogado, pero, tratándose de la actuación de un abogado graduado que no tiene tarjeta profesional, esa circunstancia no conlleva la nulidad de lo actuado de acuerdo con el artículo 25 del referido decreto.

DEBIDO PROCESO - Violación - Configuración

Como premisa que para configurar la violación al debido proceso frente al caso del abogado que engaña a su cliente y al Juez sobre la existencia de la tarjeta profesional, resulta pertinente valorar la actuación del poderdante y la afectación efectiva del derecho que se vio vulnerado por esa conducta.

DEBIDO PROCESO - Violación - Defensa material o técnica

Desde la óptica del cumplimiento del debido proceso, es útil reseñar que la Corte Constitucional, en sede de la acción de tutela contra sentencias, ha reseñado que la falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante , en igual sentido que lo había sostenido la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, acerca de la violación a la garantía constitucional del debido proceso, la cual solo genera la nulidad cuando ha sido material y permanente, en ese caso refiriéndose a una situación aún más delicada de la que plantea este proceso, como lo es el derecho la defensa del acusado, en materia penal.

FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Arbitraje - Causal de anulación

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia, se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política, al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato estatal habilitan a la jurisdicción arbitral y, por ende, renuncian a someter las controversias -referidas en el pacto arbitral- a la vía ordinaria, esto es, renuncian a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como Juez de anulación, es restringida.

LAUDO ARBITRAL - Intangibilidad - Ley 1563 de 2012

Con el propósito de afianzar la intangibilidad del laudo arbitral, la Ley 1563 de 2012 incorporó las interpretaciones del Consejo de Estado, acerca de la taxatividad de las causales del recurso de anulación y las restricciones para la valoración sobre el fondo del asunto.

FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Concepto jurisprudencial

Para la fecha en que se expidió la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado había elaborado el concepto del fallo en conciencia, a través de múltiples providencias, con base en las cuales se rechazaban diversas causas de inconformidad con el laudo arbitral por no constituir supuestos idóneos para configurar el fallo en conciencia, dentro del recurso de anulación del laudo arbitral. Al amparo de esas providencias, se formuló una definición, de carácter general, según la cual “el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”.

EQUIDAD - Criterio

Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta de la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho’ . Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable “(…) “Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento”.

ARBITRAJE - Facultades

El Tribunal de Arbitramento está facultado para improbar los acuerdos conciliatorios que plantean las partes en la audiencia de conciliación, en caso de que no los encuentre conformes con la ley. Si el laudo debe proferirse en derecho, es apenas obvio que el Tribunal de Arbitramento no puede poner fin al litigio aprobando una conciliación que defina una liquidación del contrato con el reconocimiento de partidas contra legem.

**ARBITRAJE - Aprobación - Acuerdo conciliatorio**

Debe recordarse que la aprobación de la conciliación por parte del Tribunal de Arbitramento, como juez del contrato, hace que esta última cobre la fuerza de cosa juzgada. Acerca de la potestad – deber- de improbar los acuerdos lesivos, es útil reiterar la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el particular: “El límite de la conciliación, para que resulte procedente, lo marca el hecho de que la misma no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que, a cualquier precio, permita la solución o la prevención de litigios, sino de uno que implica que dicha solución, siendo justa, equilibre la disposición de intereses con la legalidad. En otros términos, el reconocimiento voluntario de las deudas por parte de las entidades estatales, debe estar fundamentado en pruebas suficientes, de manera tal que el acuerdo logrado no lesione el patrimonio público”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00152-00(58068)**

**Actor: CONSORCIO PATIOS SUR - CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ROMANA S.A. - GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A. Y GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S.**

**Demandado: METRO CALI S.A.**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL PROFERIDO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE CONSORCIO PATIOS SUR (integrado por CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ROMANA S.A., GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A., GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S.) VS METRO CALI S.A.**

**Temas:** COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO **–** puedeimprobar el acuerdo de conciliación presentado por las partes, cuando viola la ley del contrato y perjudica el patrimonio público **/** INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL– por falta de tarjeta profesional del apoderado – saneamiento / FALLO EN CONCIENCIA – no se configura cuando el laudo arbitral se basa en la ley y en las pruebas / LITIS CONSORCIO NECESARIO – no se predicó respecto del representante del consorcio convocante – el laudo no afectó la cuota parte de su propiedad - saneamiento de la causal por falta de notificación / PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN – congruencia con la decisiones sobre reversión de los bienes y con el reconocimiento de compensaciones entre las partes.

**Impedimento**

El doctor Hernán Andrade Rincón manifestó su impedimento para conocer del presente proceso por razón de la causal 1º del artículo 141 del Código General del Proceso[[1]](#footnote-1), teniendo en cuenta la vinculación de su hija con la sociedad demandada en este proceso.

En consideración a la causal antes descrita, se entiende configurado el impedimento y, por tanto, procederá a su aceptación en la presente providencia.

**Recursos presentados – contenido del laudo arbitral**

Decide la Sala los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por cada una de las partes y por un tercero, contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento dentro del asunto de la referencia, el 22 de junio de 2016.

En el laudo arbitral que se impugna, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la liquidación de los contratos de concesión números 3 y 4, celebrados entre METRO CALI S.A. y el Consorcio Patios Sur; ordenó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la inscripción de la reversión de los bienes y la entrega correspondiente, a favor de METRO CALI S.A.

El laudo arbitral impuso a METRO CALI S.A. la obligación de pagar las sumas de $5.935’840.884,50 y $1.744’589.105, por concepto de liquidación de los contratos de concesión 3 y 4 respectivamente, una vez se realice la entrega física y material de los inmuebles afectados a la concesión, tal como fueron identificados en la respectiva decisión.

El laudo arbitral comprendió veinticuatro decisiones, las cuales serán transcritas en esta providencia, en cuanto se requiera para resolver los asuntos materia de los recursos de anulación que ahora se examinan.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se encontró pactada en los contratos de concesión *“No. 3 PATIO Y TALLER VALLE DE LILI”* y *“No.4 PATIO Y TALLER AGUABLANCA”*, de conformidad con las modificaciones acordadas entre las partes, se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada por el Consorcio Patio Sur contra METRO CALI S.A., en la cual se presentaron las pretensiones de liquidación de los aludidos contratos, como consecuencia del acuerdo de terminación anticipada y se solicitó la condena al pago de las sumas que el consorcio convocante estimó que se le adeudaban.

**1.1. La demanda**

La demanda arbitral se presentó el 11 de junio de 2015, según consta en el sello de recibo expedido por la Cámara de Comercio de Cali[[2]](#footnote-2).

El consorcio convocante narró que los contratos de concesión se suscribieron el 15 y 16 de marzo de 2007 y reseñó que tenían por objeto la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega del respectivo patio y taller, para el Sistema de Transporte Masivo MIO, en la ciudad de Cali.

Por otra parte, detalló la cesión de la participación de la mayoría de los miembros del consorcio contratista[[3]](#footnote-3).

Igualmente se refirió a las dificultades para iniciar la etapa de construcción y a los acuerdos sobre modificaciones a los rediseños, ajustes y prórrogas que tuvieron que ser realizadas a los contratos de concesión[[4]](#footnote-4).

El convocante expuso que los contratos de concesión fueron objeto de terminación anticipada y bilateral, suscrita entre las partes, mediante dos acuerdos firmados el 11 de junio de 2013[[5]](#footnote-5), en los cuales las mismas partes acordaron la liquidación.

Finalmente, informó que las partes adelantaron un acuerdo conciliatorio extrajudicial, suscrito el 9 de octubre de 2014 ante la Procuraduría General de la Nación[[6]](#footnote-6), empero, dio cuenta de que el mismo fue improbado mediante auto de 6 de mayo de 2015, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca[[7]](#footnote-7), por cuanto no se encontró suficientemente soportada la representación del señor Mauricio Rojas Soto para obrar por cuenta del consorcio.

El Consorcio Patios Sur, obrando como parte convocante, solicitó que, como consecuencia de la terminación de los contratos, se le reconocieran los valores que relacionó en el balance de liquidación.

Como resultado de la liquidación que se detalló en la reforma a la demanda, el consorcio convocante formuló pretensiones por la suma de $86.483’771.438 que, en su concepto, METRO CALI S.A. le adeudaba al referido consorcio[[8]](#footnote-8).

**1.2. Contestación de la demanda**

METRO CALI S.A. contestó la demanda, se allanó parcialmente a algunos de los hechos, en cuanto estaban relacionados con las descripciones de las áreas que debían ser destinadas a los patios del sistema de transporte; por otra parte, negó el monto reclamado en relación con las cargas asociadas a los inmuebles por concepto de permisos, licencias de urbanización y construcción, respecto de los cuales advirtió que debían estar vigentes y cederse a METRO CALI S.A., con ocasión de la terminación del contrato, para permitirle continuar la ejecución de las obras con un nuevo concesionario.

Presentó las excepciones de fondo relacionadas con: **i)** la improcedencia de la reclamación por el derecho a la explotación de la concesión por el período de 2010 a 2013; **ii)** la inexistencia del deber de asumir las compensaciones por mayor permanencia, incrementos y prórrogas del contrato.

Agregó que los eventuales retrasos del consorcio, advertidos por la interventoría, estaban amparados en la excepción de contrato no cumplido, toda vez que METRO CALI S.A. no le estaba reconociendo, al consorcio, la contraprestación pactada[[9]](#footnote-9).

**1.4. Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia. No se presentó recurso de reposición**

En el Acta No. 10 de 20 de enero de 2016 consta que el Tribunal de Arbitramento emitió el auto número 17, mediante el cual se declaró competente para conocer y decidir las controversias. En dicha acta se hizo constar que “*C[c]ontra la providencia anterior no se interpuso recurso alguno*”[[10]](#footnote-10).

**1.5. Conceptos de la Procuraduría General de la Nación**

La Procuraduría General de la Nación intervino, en forma activa, dentro del proceso arbitral.

Mediante concepto emitido el 16 de diciembre de 2015, en sede de la audiencia de conciliación, el Ministerio Público manifestó que no debía avalarse la conciliación que las partes radicaron el 27 de noviembre de 2015, entre otras razones, por cuanto estimó que METRO CALI S.A. *“al reconocer como valor de los lotes (…) el establecido por un avalúo (…) que es significativamente superior al pagado por los CONCESIONARIOS”* estaría causando *“un posible detrimento patrimonial”* a esa entidad pública[[11]](#footnote-11).

Por otra parte, de la etapa de alegaciones, en su oportunidad legal, el Procurador Diecinueve Judicial II emitió concepto ante el Tribunal de Arbitramento, el 12 de mayo de 2016, en el cual concluyó que debían negarse las pretensiones de la demanda, ordenando al consorcio convocante revertir los lotes identificados con matrículas inmobiliarias 370-878779 y 370-878088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali[[12]](#footnote-12).

**1.6. Aviso a la Agencia Nacional de Defensa del Estado**

Según consta en los folios 1 a 3, el centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali dio aviso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda arbitral, el cual quedó radicado con el número 20154050846132[[13]](#footnote-13).

Por ello, se advierte desde ahora que, a diferencia de lo que afirman las partes, en el proceso arbitral sí fue citada la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Se observa que con el anterior aviso se dio cumplimiento a los incisos tercero y cuarto del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con los cuales:

*“Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda.*

*“La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso, es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral”.*

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no manifestó su decisión de intervenir en el proceso arbitral, ni actuó dentro del mismo[[14]](#footnote-14).

**2. El laudo arbitral**

En el laudo arbitral proferido el 22 de junio de 2016, contra el cual se impetró el recurso extraordinario de anulación, el Tribunal de Arbitramento estudió los presupuestos procesales, estimó como transigibles los asuntos sometidos al proceso de arbitral; estudió la naturaleza jurídica objeto de la controversia; se detuvo en la cláusula 54 de los referidos contratos, en la cual se situó el riesgo del retorno de la inversión en cabeza de las sociedades que inicialmente fueron integrantes del Consorcio Patios Sur y estableció que los nuevos miembros, esto es, las sociedades, que pasaron a integrar el consorcio en calidad de cesionarias, debieron, *”llevados por la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios, enterarse de las obligaciones asumidas por el Consorcio con METRO CALI S.A”*[[15]](#footnote-15)*.*

En la consideración 3 del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento analizó la terminación anticipada de mutuo acuerdo y en el punto 4 se refirió al deber de liquidar el contrato, de conformidad con los acuerdos suscritos entre las partes.

En la consideración 5 el tribunal de arbitramento estudió los contratos de concesión 3 y 4, su duración y el estado de ejecución a la fecha en que se acordó la terminación.

En la consideración 6, el Tribunal de Arbitramento pasó a estudiar el deber legal y contractual de la reversión. En ese punto el laudo indicó:

*“En virtud de que la ‘reversión’ opera por ministerio de la ley, no corresponde a este Tribunal declararla, pues esta ocurrió al momento de la terminación de los contratos de conformidad con la cláusula 52 de ambos contratos[[16]](#footnote-16). En el caso concreto del asunto materia de este proceso arbitral, están efectivamente revertidos a favor de METRO CALI S.A. todos los bienes adquiridos y construidos, así como los documentos elaborados en desarrollo de los contratos de Concesión. De estos se encuentran entregados por el Concesionario aquellos que están relacionados en el informe final de interventoría de noviembre de 2013”.*

Después de considerar las obligaciones y el procedimiento de la reversión, el Tribunal *a quo* agregó:

“*Como en los Contratos se acordó la posibilidad de que ocurriera su terminación anticipada, el CONCESIONARIO se obligó a revertir a METRO CALI S.A. los bienes afectados a la concesión sin que por ello éste deba pagar suma alguna a aquel.*

*“(…) el Tribunal no ordenará la reversión en cuanto esta operó por ministerio de la ley con la terminación de los contratos de Concesión Nos. 03 y 04, pero sí dispondrá el registro en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria (…)[[17]](#footnote-17).*

En el punto 7 de las consideraciones del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento analizó las reglas de las restituciones mutuas y las consecuencias económicas de la terminación anticipada de los contratos de concesión. Con base en el análisis de los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y en lo afirmado en la exposición de motivos de la referida ley, el Tribunal de Arbitramento estimó que, por tratarse de la terminación anticipada, en el evento de liquidación judicial, “*en aras de preservar la conmutatividad y onerosidad de los contratos, se debe procurar que el concesionario reciba el precio o valor que pagó por los bienes revertidos*[[18]](#footnote-18)*”*.

En el punto 8 de las consideraciones del laudo arbitral, se estudiaron las excepciones propuestas por METRO CALI S.A.

En el punto 9, el Tribunal de Arbitramento se refirió a cada una de las pretensiones. Estimó probadas las expensas causadas por la expedición de las licencias urbanísticas sobre los lotes que fueron afectados a la concesión, identificó el área útil afectada en cada contrato[[19]](#footnote-19) y liquidó el valor de las respectivas partidas. Para tasar el ítem correspondiente a la condena deprecada por concepto de *“area útil”*, el Tribunal *a quo* decidió tomar, como prueba, el precio que los consorciados pagaron de acuerdo con la respectiva escritura de adquisición[[20]](#footnote-20).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento procedió a establecer el balance de liquidación de cada uno de los respectivos contratos y, con base en ello, impuso las condenas correspondientes.

**3. Los recursos de anulación**

El Consorcio Patios Sur interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral, con fundamento en las causales contenidas en los numerales 3, 4, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esas causales corresponden a las siguientes: no haberse constituido el tribunal en forma legal, indebida representación, fallo en conciencia y, finalmente, haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

En el mismo escrito, a través del poder otorgado al mismo apoderado, el señor Mauricio Rojas Soto interpuso, también, recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitraI, con fundamento en las causales 2 y 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Invocó, en forma concreta, su indebida notificación y la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, por haberse pronunciado sobre asuntos que lo afectaban, aunque no había sido parte del pacto arbitral.

METRO CALI S.A., en su calidad de parte convocada, interpuso, igualmente, recurso de anulación contra el laudo arbitral, invocando la falta de citación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del municipio de Cali.

En cuanto a las causales taxativas de anulación, METRO CALI S.A. presentó las descritas en los números 7 y 9, del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, argumentando que el laudo se profirió en equidad, debiendo ser en derecho y que recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

La Sala se referirá a los argumentos de los recurrentes, en el análisis del caso concreto.

**4. Trámite procesal del recurso de anulación**

Cada una de las partes dio contestación al recurso extraordinario de anulación presentado por la otra parte, de acuerdo con lo que se indicará en el análisis de las causales.

El Consejo de Estado avocó competencia para conocer del recurso a través del auto de noviembre 15 de 2016.

**II.- C O N S I D E R A C I O N E S**

Para fundar su decisión, la Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **i)** verificará la jurisdicción y la competencia; **ii)** describirá las causales invocadas, los argumentos de cada uno de los recurrentes y fijará la consideraciones para fundar la decisión y, **iii)** se pronunciará sobre las costas del presente recurso.

**1. La Jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación**

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 15 de noviembre de 2016, acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto que se desató con el laudo arbitral es entidad de naturaleza estatal[[21]](#footnote-21). Se reitera que el procedimiento arbitral se surtió en relación con dos contratos de concesión que fueron suscritos entre el Consorcio Patios Sur y METRO CALI S.A., configurándose, por razón de la naturaleza jurídica de esta última parte, el supuesto de la jurisdicción y la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011.

**2. Causal 2 invocada por falta de jurisdicción o de competencia originada en la no integración de persona que afirma ser litisconsorte necesario, en calidad de propietario de los inmuebles que fueron objeto de la reversión en los contratos de concesión**

**2.1. Sustentación de la causal**

El recurrente invocó la causal 2, consagrada en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:

*“2. La caducidad de la acción,* ***la falta de jurisdicción o de competencia****”.* (La negrilla fue destacada por el recurrente).

De acuerdo con lo que se indicó en el recurso de anulación que presentaron conjuntamente el Consorcio Patios Sur y el señor Mauricio Rojas Soto, este último obró como recurrente en el caso de la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

En la parte general del escrito contentivo del recurso de anulación, el recurrente explicó lo siguiente:

Mauricio Rojas Soto no suscribió el pacto arbitral, empero debió ser llamado como litisconsorte necesario en el proceso arbitral, en su calidad de propietario inscrito de los inmuebles[[22]](#footnote-22) sobre los cuales el Tribunal de Arbitramento, sin que se le hubiese solicitado en la demanda, se pronunció sobre la reversión y ordenó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali el registro correspondiente en los folios de matrícula inmobiliaria, decisiones estas que se encontraban por fuera de la competencia del Tribunal de Arbitramento, a juicio del recurrente.

Reseñó que interpuso incidente de nulidad contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento decretó de oficio medidas cautelares -sin que se le hubieran solicitado- y con las cuales, según afirmó, se le afectaron bienes de su propiedad.

Aseveró que su petición fue desechada por el Tribunal de Arbitramento con el argumento de la improcedencia por haber sido presentada como un *incidente* de nulidad.

Puntualizó que en esa situación procesal, el Tribunal de Arbitramento ha debido cesar en sus funciones, en los términos del artículo 35 de la Ley 1563 de 2012 y que, por ello, el laudo así proferido adolece de nulidad.

Por otra parte, en el recurso de anulación también se indicó que la causal 4 consistente en la indebida notificación, igualmente invocada por este mismo recurrente, da lugar a la nulidad de todo el laudo, y por sustracción de materia, ante su procedencia no habría lugar a estudiar las otras causales.

En la parte correspondiente a la sustentación específica de la causal por falta de competencia, el recurrente puntualizó lo siguiente:

El señor Mauricio Rojas, quien es el recurrente de esta causal, no fue llamado al proceso y por tanto no pudo presentar recurso contra el auto a través del cual el Tribunal de Arbitramento se declaró competente.

Además, observó que cuando el Tribunal de Arbitramento definió los sujetos procesales del respectivo litigio, el recurrente se colocó bajo la confianza legítima de que el laudo arbitral se iba a limitar a las pretensiones incorporadas en la demanda.

Explicó que la causal de anulación se configuró frente a la *“traslación”* realizada por las partes y referida en el acuerdo conciliatorio que le fue improbado sin potestad para ello.

Precisó que el señor Rojas Soto suscribió el acuerdo de conciliación para la liquidación de los contratos de concesión, el cual se acreditó en la audiencia de conciliación. Según afirmó, se acordó una transacción sobre los inmuebles de su propiedad y el Tribunal de Arbitramento, en forma ilegal, decidió declarar la improbación de ese acuerdo[[23]](#footnote-23).

Especificó que, por su parte, había realizado una transacción que no estaba sometida a la cláusula compromisoria y que, por ello, el Tribunal de Arbitramento no podía desconocerla.

Además, afirmó que el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, solo otorga competencia al Tribunal de Arbitramento para aprobar la conciliación que se logra dentro del proceso arbitral, pero –según afirmó - dicho Tribunal no tiene la potestad de improbar la conciliación que le presentan las partes en la respectiva audiencia.

**2.2. Oposición a la causal 2 interpuesta por falta de jurisdicción y competencia**

METRO CALI S.A. afirmó que el recurso de anulación está reservado a las partes del proceso arbitral y que, en el caso de la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, ello se desprende del hecho de que la parte que la alega debe haber interpuesto recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento decide sobre su propia competencia.

**2.3. Consideraciones de la Sala acerca de la falta de jurisdicción y competencia**

**2.3.1. Anotaciones acerca de la integración del litisconsorcio necesario**

La Ley 1563 de 2012 contempla la extensión de la jurisdicción arbitral a litisconsortes y terceros que no hicieron parte del pacto arbitral, sobre la base de que expresen su adhesión voluntaria y oportuna al referido pacto.

Tratándose de los litisconsortes necesarios, el artículo 35 de la Ley 1563 de 2012 dispuso que el Tribunal de Arbitramento cesa en funciones en aquellos procesos en los cuales los litisconsortes necesarios que no hicieron parte del pacto arbitral no sean notificados o no se adhieran oportunamente, en los siguientes términos:

*“Artículo 35. Cesación de funciones del tribunal. El tribunal cesará en sus funciones:*

*“(…)*

*“3. Cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral”.*

**2.3.1. Normas sobre el procedimiento de integración del contradictorio**

Por virtud del artículo 82 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento de arbitraje nacional, de acuerdo con la integración normativa dispuesta en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2102[[24]](#footnote-24), corresponde al convocante, en la demanda misma, identificar a las partes del litigio y delimitar el objeto de la controversia, así lo expresa:

*“Artículo 82. Requisitos de la demanda. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos:*

*“(…).*

*“2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).*

*“(…).*

*“4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.*

*“5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones”.*

En aquellos eventos en los que la controversia involucra derechos sobre bienes inmuebles, en igual forma, le corresponde al convocante identificar los respectivos bienes, de conformidad con el artículo 83 del Código General del Proceso:

*“Artículo 83. Requisitos adicionales.**Las demandas que versen sobre bienes inmuebles los especificarán por su ubicación, linderos actuales, nomenclaturas y demás circunstancias que los identifiquen. No se exigirá transcripción de linderos cuando estos se encuentren contenidos en alguno de los documentos anexos a la demanda”.*

Siguiendo las voces del artículo 61 del Código General del Proceso[[25]](#footnote-25), se considera que existe litisconsorcio necesario cuando la cuestión litigiosa *“haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”* caso en el cual, *“la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas”.*

Como consecuencia, el demandante es el primer llamado a identificar la existencia del litisconsorcio necesario. Igual deber se impone al demandado, en la contestación de la demanda. Ese deber de las partes se ha plasmado en el Código General del Proceso, así:

*“Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados:*

*“(…).*

*“6. Realizar las gestiones y diligencias necesarias para lograr oportunamente la integración del contradictorio”.*

Sin embargo, en los términos del artículo 42 del Código General de Proceso también es deber del Juez[[26]](#footnote-26) y en este caso del Tribunal de Arbitramento, adoptar medidas para integrar el litisconsorcio necesario, por activa o por pasiva.

En este orden de ideas, al Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con la demanda, la contestación de la demanda y las excepciones, tiene la potestad -y el deber- de resolver quiénes son las partes del litigio.

La oportunidad para resolver la debida integración del contradictorio se impone, en primer lugar, en el auto admisorio de la demanda, pero también, habiendo conocido de la contestación de la demanda, el Tribunal Arbitral decide sobre su propia competencia y allí, puede ordenar la vinculación de litisconsortes, incluso sobre aquellos que no han sido identificados en tal calidad, por las partes.

En igual forma, se considera viable la vinculación de litisconsortes en el curso del trámite arbitral, antes de proferir el laudo arbitral, por aplicación del artículo 61 del Código General del Proceso, el cual dispone:

*“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*

*“Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas”.*

**2.3.3. Saneamiento de la nulidad**

En el procedimiento arbitral se puede configurar la causal de nulidad del laudo arbitral por falta de competencia, prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, cuando ocurre que el sujeto procesal ha sido llamado como parte necesaria en el litigio, por decisión del propio Tribunal de Arbitramento, y en respuesta a ello manifiesta su no adhesión al pacto arbitral.

La causal de falta de competencia es procedente en el supuesto mencionado, toda vez que el artículo 35 de la Ley 1563 de 2012 advierte que, en tal evento, el Tribunal de Arbitramento cesará en sus funciones.

Sin embargo, frente a la causal de nulidad por falta de competencia, siendo que el litisconsorte necesario es parte obligada en proceso arbitral, se advierte lo siguiente: aquel que procede a actuar en calidad de litisconsorte, habiendo sido notificado –incluso por conducta concluyente- y, en esa actuación deja de oponer la no adhesión al pacto arbitral, se verá sometido a la consecuencia probatoria de la existencia del pacto arbitral con respecto a él –como parte del litigio-, de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:

“*Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.*

Ahora bien, el litisconsorte necesario que es notificado de la demanda antes de la audiencia mediante la cual el Tribunal de Arbitramento decide sobre su competencia, no podrá invocar la causal de nulidad si no interpone el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia[[27]](#footnote-27).

Finalmente, debe advertirse que de conformidad con el texto de la causal 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y con los artículos 135 y 136 del Código General del Proceso, el supuesto de la falta de notificación solo puede ser invocado por el recurrente afectado por ella, según se desprende de la siguiente norma:

*“Artículo 135 C.G.P. Requisitos para alegar la nulidad. La parte que alegue una nulidad* ***deberá tener legitimación para proponerla****, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*

*“No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.*

*“****La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada****.*

*“El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas,* ***o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación****.*

*“Artículo 136 C.G.P. Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:*

*“****1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla****”.* (La negrilla no es del texto)

**2.3.4. Sustitución del litisconsorte**

Las partes del litigio se fijan de acuerdo con las relaciones jurídicas existentes al momento de presentación de la demanda. De la misma manera, se determina la calidad de litisconsorte necesario.

Los litisconsortes que adquieren tal calidad por cesiones posteriores, deben someterse al trámite de la sucesión procesal, esto es, requieren de la aceptación de la otra parte para entrar a sustituir a la parte inicial, en los términosdel artículo 68 del Código General del Proceso.

*“Artículo 68 CGP. Sucesión procesal.*

*“(…).*

*“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso,* ***siempre que la parte contraria lo acepte expresamente****”.* (La negrilla no es del texto).

**2.3.5. Planteamiento del problema jurídico**

El primer problema jurídico que se debate en este acápite consiste en establecer si el recurrente tenía la calidad de litisconsorte necesario. Resuelto ello, se definiría si estaba legitimado para invocar las causales de nulidad del laudo arbitral.

Es pertinente observar que el señor Mauricio Rojas Soto no hizo parte del pacto arbitral, tal como lo ha reseñado en su recurso.

El señor Rojas Soto actuó en nombre y representación del Consorcio Patios Sur para el otorgamiento del poder de junio 11 de 2015, con el cual se presentó la demanda en el proceso arbitral[[28]](#footnote-28), además de que, en ese mismo acto de apoderamiento, obró, también, como representante legal de la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., una de las integrantes del referido consorcio.

También se observa que obrando en calidad de representante legal de la parte convocante, el señor Mauricio Rojas Soto, participó en la audiencia de conciliación[[29]](#footnote-29), según consta en las siguientes actas: número 6 de noviembre 3 de 2015, número 7 de noviembre 13 de 2015 y número 8 de 7 de diciembre de 2015[[30]](#footnote-30) y estuvo presente en la audiencia de la cual da cuenta el acta número 9 de 16 de diciembre de 2015, en la que se profirió el auto número 13, mediante el cual el Tribunal de Arbitramento decidió no aprobar el acuerdo conciliatorio presentado por las partes, el 27 de noviembre de 2015.

Por otra parte, se observa que Mauricio Rojas Soto suscribió el acuerdo de conciliación de 27 de noviembre de 2015, para la liquidación de los contratos de concesión números 3 y 4, en nombre y representación del Consorcio Patios Sur, de Constructora e Inmobiliaria Romana S.A. y de la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S. y no en nombre propio[[31]](#footnote-31).

Se hace notar que las antedichas actuaciones fueron anteriores a la audiencia de que da cuenta el acta número 10 de 20 de enero de 2016, en la cual el Tribunal de Arbitramento emitió el auto número 17, mediante el cual se declaró competente para conocer y decidir las controversias. En dicha acta se hizo constar que “*C[c]ontra la providencia anterior no se interpuso recurso alguno*”[[32]](#footnote-32).

De acuerdo con lo anterior, se establece el conocimiento del señor Mauricio Rojas Soto sobre la demanda arbitral y el estado del litigio, empero no se predica su condición de litisconsorte necesario.

Por otra parte, es de la mayor importancia advertir que el Tribunal de Arbitramento decretó medidas cautelares, mediante auto de 26 de febrero de 2016, sobre dos inmuebles: **i)** el distinguido con la matrícula 370-878088 en el cual se encontraba registrado como propietaria fiduciaria la Sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.; **ii)** el distinguido con matricula inmobiliaria 370-878779, sobre el cual se ordenó la medida cautelar únicamente en relación con una cuota parte del derecho de dominio equivalente al 96.58%, de propiedad del Grupo Empresarial Nirvana S.A.S. En las consideraciones del auto se advierte que esos derechos se consideraban afectos *“a la obligación de reversión”.*

Se hacer notar que, en el mismo sentido, las decisiones del laudo arbitral afectaron el 100% del inmueble distinguido con la matrícula 370-878088 que era propiedad fiduciaria de la citada sociedad miembro del consorcio convocante y el 96.58% del derecho sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878779, que era igualmente de propiedad de la referida sociedad.

En efecto en las resolutivas correspondientes, el Tribunal de Arbitramento decidió:

*“****DÉCIMO SEGUNDO.*** *Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, inscribir a METRO CALI S.A., en el folio de Matrícula Inmobiliaria No. 370-878779, como titular de la cuota parte del 96,5819% del derecho de dominio del inmueble identificado como LOTE 1-POLÍGONO 3-1 INSTITUCIONAL #, CUOTA PARTE AFECTADA AL CONTRATO de Concesión No. 03 celebrado entre METRO CALI S.A. y el CONSORCIO PATIOS SUR, la cual está legalmente revertida a METRO CALI S.A., desde el 11 de junio de 2013, como consecuencia de la terminación anticipada de ese Contrato. Para efectos de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos de Cali se tendrá en cuenta que la totalidad de la cuota de dominio por 96.5819% que corresponde hoy a la sociedad GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S., muta por reversión a favor de METRO CALI S.A.*

*“****DÉCIMO TERCERO****. Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, inscribir a METRO CALI S.A., en el folio de Matrícula Inmobiliaria 370-878088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos como titular del derecho de dominio del inmueble identificado como LOTE DE TERRENO # B DISTRITO DESEPAZ SECTOR VILLA MERCEDES, MUNICIPIO DE CALI, bien afectado al contrato de Concesión No. 4 celebrado entre METRO CALI S.A. y el CONSORCIO PATIOS SUR, el cual está legalmente revertido a METRO CALI S.A. desde el 11 de junio de 2013, como consecuencia de la terminación anticipada de ese Contrato. Para efectos de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos se tendrá en cuenta que la totalidad del derecho de dominio muta por REVERSIÓN a favor de METRO CALI S.A.*

*“****DÉCIMO CUARTO****. Ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali que una vez inscrita la mutación del derecho de dominio en favor de METRO CALI S.A. ordenada en este laudo en los numerales décimo segundo (12) y décimo tercero (13) respecto de los bienes inmuebles revertidos con matrículas inmobiliarias 370-878088 y 370-878779 proceda a la cancelación de las medidas cautelares decretadas por este Tribunal, las cuales fueron inscritas en dichos folios mediante anotaciones números 03 y 04, respectivamente, ambas de 29 de marzo de 2016”.*

De lo anterior se concluye que el señor Mauricio Rojas Soto no tenía condición de litisconsorte necesario en el litigio arbitral y se puntualiza que tampoco resultó afectado en bienes de su propiedad, por razón de las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento.

Acerca de la *“traslación”* de la propiedad que el recurrente realizó y que invoca para alegar que el Tribunal de Arbitramento ha debido citarlo, o que perdió competencia por el hecho de no haber ordenado su vinculación, se esclarece que corresponde a un acto posterior a la presentación de la demanda y que no lo hizo valer dentro del proceso arbitral, ni formalizó la sustitución procesal de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.

En efecto, al recurso de anulación el recurrente anexó el certificado de tradición del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-776021[[33]](#footnote-33), el cual, según lo acredita en antedicho certificado, fue adquirido por el señor Mauricio Rojas Soto, mediante remate registrado el 13 de enero de 2012[[34]](#footnote-34), realizado en un proceso de ejecución que se adelantaba contra algunos de los partícipes iniciales del consorcio contratista, entre otros[[35]](#footnote-35). Según da cuenta el referido certificado de tradición, el inmueble se dividió en dos lotes, a los cuales se les asignaron las siguientes matrículas: 370-878087 y 370-878088[[36]](#footnote-36), siendo este último el que fue objeto de las decisiones incorporada en el laudo arbitral.

De acuerdo con el certificado de tradición del inmueble distinguido con la matricula inmobiliaria 370-878088 y con el contenido de la escritura pública 1205 de 12 de abril de 2016, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Cali, igualmente aportados por el recurrente con la presentación del recurso de anulación, el inmueble fue objeto de los siguientes actos:

**i)** En mayor extensión se constituyó sobre el mismo un fideicomiso civil a favor de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., mediante escritura pública 1662 de 20 de diciembre de 2012, otorgada en la Notaría Diecisiete de Cali[[37]](#footnote-37), esto es, antes de la presentación de la demanda en el trámite arbitral. Este era el acto vigente para definir el contradictorio por activa en razón de la titularidad de los bienes, tal como fue integrado en debida forma por el Consorcio Patios Sur, uno de cuyos miembros era la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.

**ii)** El referido fideicomiso solo se canceló mediante la Escritura Pública 1205 citada, esto es, el 12 de abril de 2016, otorgada a favor de Metro Cali S.A. y Mauricio Rojas Soto. Esta última escritura fue registrada el 13 de junio de 2016[[38]](#footnote-38).

El ahora recurrente no realizó actuación ante el Tribunal de Arbitramento con base en la escritura de cancelación del fideicomiso civil dentro del proceso arbitral y el laudo arbitral se profirió con fecha 22 de junio de 2016.

De acuerdo con lo anterior, se reitera que el señor Mauricio Rojas Soto no era parte de los contratos de concesión 3 y 4 y no tenía la calidad de titular de dominio de los bienes afectados por el litigio arbitral, de manera que no le asiste la vocación de parte, ni de litisconsorte necesario dentro del proceso arbitral, ni tampoco en sede del recurso de anulación.

En el estudio de la causal 4, referida más adelante, se reseñará la actuación que adelantó, Mauricio Rojas Soto en el proceso arbitral a través del apoderado que, en forma personal, constituyó para intervenir en el denominado incidente de nulidad. Se anticipa desde ahora que allí invocó que era un litisconsorte necesario, postura que fue rechazada por el Tribunal de Arbitramento al desatar el respectivo recurso.

Como conclusión, el problema jurídico se resuelve en el sentido de reafirmar lo que decidió el Tribunal de Arbitramento, esto es, que Mauricio Rojas Soto no tenía condición de litisconsorte necesario de acuerdo con lo probado en el proceso arbitral y, por tanto, se denegará la impugnación por la causal de falta de competencia.

**3. Sustentación de las causales 3 y 4, por la actuación a través de abogado que carecía de tarjeta profesional**

**3.1.** El recurrente invocó las siguientes causales, contenidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor, el laudo debe ser anulado por:

*“3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*

*“4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad”.*

De acuerdo con el escrito contentivo del recurso de anulación, el consorcio convocante presentó y sustentó las causales 3 y 4 de manera conjunta y, el señor Mauricio Rojas Soto presentó el recurso, también, con fundamento en la causal 4.

En el recurso se narró la participación del señor Andrés Felipe Osorio Bedoya como apoderado del consorcio convocante, tanto en la presentación de la demanda, como en la designación de árbitros.

Se observó que dicho apoderado se identificó en el poder que aceptó, con la cédula de ciudadanía No. 94.040.233 y con la tarjeta profesional de abogado 198.743, empero con el recurso de anulación se allegó copia de la cédula[[39]](#footnote-39) y certificado del Consejo Superior de la Judicatura, expedido el 8 de agosto de 2016, en el cual se indicó que la referida cédula no registraba la calidad de abogado[[40]](#footnote-40). Igualmente, con el recurso de anulación se allegó certificado del Consejo Superior de la Judicatura, expedido el 8 de agosto de 2016, en el cual se indicó que la tarjeta profesional 198.743 corresponde a un profesional del derecho que no es el señor Osorio Bedoya[[41]](#footnote-41).

La parte recurrente afirmó que, por tanto, la constitución del Tribunal de Arbitramento resulta inválida; que se tipificó una indebida representación judicial y se configuró un fraude, el cual no pudo ser advertido con anterioridad a las investigaciones realizadas para presentar del recurso de anulación.

Precisó que el fraude fue descubierto con ocasión de la presentación del recurso de anulación; narró que el consorcio contrató otro profesional del derecho, quien, en el estudio de las posibles fallas de procedimiento, cotejó el número de la cédula con la tarjeta profesional del abogado y, en las investigaciones correspondientes, descubrió que el apoderado que representó al consorcio era egresado de la Universidad del Cauca[[42]](#footnote-42) pero no tenía tarjeta profesional y que había utilizado el número de la tarjeta de otro profesional del derecho, es decir, que litigó sin autorización legal.

Según indicó la parte recurrente, en conocimiento de lo anterior, el consorcio y el señor Mauricio Rojas Soto, por intermedio de apoderado, presentaron al querella correspondiente por falsedad personal y ejercicio ilegal de la abogacía.

Se afirmó que en el expediente no existía constancia de que el Tribunal de Arbitramento le hubiera solicitado al primer apoderado la presentación de la tarjeta profesional que este indicaba.

Agregó que el consorcio accedió a la contratación del abogado a través de un contrato con una empresa de misión temporal y que no tuvo forma de conocer el fraude.

**3.2. Oposición a las causales 3 y 4**

METRO CALI S.A. advirtió que no se cumplió el requisito previsto en el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor *“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.*

Agregó que el Consejo de Estado debe revelar si el vicio presentado era imputable solo a los árbitros, toda vez que el *“impostor”* fue contratado por las sociedades integrantes del consorcio convocante *“nada más y nada menos en un pleito ante una justicia tan especializada y con pretensiones de más de 80 mil millones de pesos”[[43]](#footnote-43).*

Además, METRO CALI S.A. afirmó que la causal por falta de notificación o emplazamiento solo se predica de la parte convocada, pues tan solo ella puede ser notificada del auto admisorio de la demanda o emplazada sin estar reunidos los requisitos para hacerlo.

**3.3. Consideraciones de la Sala acerca de la actuación a través de abogado que carecía de tarjeta profesional**

**3.3.1. Problema Jurídico**

Las causales 3 y 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en este caso, han sido invocadas para buscar la anulación del laudo arbitral desde el marco de la supuesta indebida representación de una de las partes del proceso, la convocante, por cuanto se afirma que otorgó poder a una persona que no tenía la condición de abogado inscrito.

Es cierto que la actuación en el proceso arbitral requería de la representación por abogado, en los términos del artículo 2 de la Ley 1563 de 2012, aplicable al arbitraje nacional, en lo que se refiere a las pretensiones de mayor cuantía[[44]](#footnote-44).

El problema jurídico que se debe resolver consiste en determinar si el laudo arbitral debe ser anulado por cuanto una de las partes fue representada por un abogado que no tenía tarjeta profesional.

**3.3.2. Saneamiento de las causales de nulidad**

Lo primero que se advierte para desatar la procedencia de las causales invocadas, es que ocurrió el saneamiento del eventual vicio y la convalidación de lo actuado, toda vez que el apoderado inicial renunció y el nuevo apoderado, con condición de abogado inscrito y tarjeta profesional vigente, se reafirmó en forma explícita en los hechos y pretensiones de la demanda.

La siguiente secuencia demuestra el saneamiento en la actuación procesal:

En la audiencia de que dio cuenta el acta 2 de 13 de junio de 2012, se le reconoció personería a Andrés Felipe Osorio Bedoya, quien, según el acta, se identificó con la cédula de ciudadanía 94.040.233 de Candelaria (Valle) y la tarjeta profesional 198.743 del Consejo Superior de la Judicatura.

En memorial del 4 de marzo de 2016, el mencionado apoderado presentó la renuncia al poder. Se observa que allí invocó la misma cédula y tarjeta profesional, referidas en la actuación anterior.

De conformidad con el acta 14 de 9 de marzo de 2016, el Tribunal de Arbitramento aceptó la renuncia presentada por el referido apoderado.

De acuerdo con el contenido del acta 16 de 21 de abril de 2016, el Tribunal de Arbitramento reconoció personería al *“abogado Juan Sebastián Avila Toro, identificado con la cédula de ciudadanía 1.107.055.202 expedida en Cali y Tarjeta Profesional 233,66 (sic)[[45]](#footnote-45) del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del poder a él conferido por el señor Mauricio Rojas Soto, representante legal del Consorcio Patios Sur”*[[46]](#footnote-46).

A partir de allí el nuevo apoderado entró a actuar en nombre de la parte convocante y le correspondió la representación para la audiencia de alegaciones.

De acuerdo con lo que se prueba con el acta 18 de 12 de marzo de 2016, el doctor Ávila Toro, actuando como apoderado de la parte convocante manifestó:

*“No haré uso de mi derecho a alegar de conclusión y me reafirmo en las pretensiones y los hechos deprecados en la demanda y en la fórmula de arreglo compuesta al inicio de este proceso.*

*“Manifestación que queda debidamente grabada y hace parte del expediente”[[47]](#footnote-47).*

La Sala advierte que con fundamento en esa manifestación emanada del apoderado, profesional del derecho que representó a la parte convocante, se debe entender como saneado el supuesto vicio por falta de representación que hubiere podido existir en la presentación de la demanda y en las demás actuaciones que realizó el primer apoderado de la parte convocante.

Como consecuencia, se concluye que no se configuró la indebida integración del Tribunal de Arbitramento[[48]](#footnote-48), ni tampoco la falta de representación de la parte convocante.

**3.3.3. La falta de tarjeta profesional no conlleva la nulidad de lo actuado por el abogado**

Por otra parte, con fundamento en los artículos 4 y 5 del Decreto 196 de 1971[[49]](#footnote-49), la tarjeta profesional es un requisito para el ejercicio legal de la profesión de abogado, pero, tratándose de la actuación de un abogado graduado que no tiene tarjeta profesional, esa circunstancia no conlleva la nulidad de lo actuado de acuerdo con el artículo 25 del referido decreto:

*“Articulo 25. Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este Decreto.*

*“La violación de este precepto no es causal de nulidad de lo actuado, pero quienes lo infrinjan estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía”.*

**3.3.4. Análisis del debido proceso en el caso que se debate**

Finalmente, desde la perspectiva que otorga el plenario, procede la Sala a verificar que en el proceso arbitral no se presentó una violación del derecho al debido proceso ni una afectación injusta de los derecho de la parte convocante.

Se tiene como premisa que para configurar la violación al debido proceso frente al caso del abogado que engaña a su cliente y al Juez sobre la existencia de la tarjeta profesional, resulta pertinente valorar la actuación del poderdante y la afectación efectiva del derecho que se vio vulnerado por esa conducta.

La anterior observación cobra sentido en casos como el presente, toda vez que el apoderado era un abogado graduado, según los documentos que obran en el plenario, y que sobre su actuación se observa que no faltó a su deber de presentar la demanda, subsanó los aspectos sobre los que fue requerido y actuó en las audiencias que le correspondieron, amén de que la convocante no identificó ninguna falla profesional en su representación.

Desde la óptica del cumplimiento del debido proceso, es útil reseñar que la Corte Constitucional, en sede de la acción de tutela contra sentencias, ha reseñado que la falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante[[50]](#footnote-50), en igual sentido que lo había sostenido la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, acerca de la violación a la garantía constitucional del debido proceso, la cual solo genera la nulidad cuando ha sido material y permanente, en ese caso refiriéndose a una situación aún más delicada de la que plantea este proceso, como lo es el derecho la defensa del acusado, en materia penal[[51]](#footnote-51).

Además, se observa que el doctor Ávila Toro presentó el 18 de marzo de 2016 un incidente de nulidad de todo lo actuado, obrando como apoderado de Mauricio Rojas Soto, con fundamento en la supuesta violación al debido proceso, la cual alegó, por cuanto, a su juicio, se debió incluir al señor Rojas Soto como litisconsorte necesario.

Esa actuación fue estudiada y resuelta mediante auto 27 del 28 de marzo de 2016, a través del cual el Tribunal de Arbitramento consideró y rechazó por improcedente el incidente de nulidad propuesto[[52]](#footnote-52), además de que observó que el señor Rojas Soto no era parte de los contratos de concesión.

El nuevo apoderado del señor Rojas Soto –y de la parte convocante- también presentó recurso de reposición, en apoyo de la tesis del ahora recurrente, no obstante lo cual, previo traslado a las partes y considerando los distintos argumentos, el Tribunal de Arbitramento confirmó la providencia recurrida, según consta en el acta 19 de 7 de junio de 2016[[53]](#footnote-53).

Por tanto, es evidente que tanto el consorcio convocante, como el señor Mauricio Rojas Soto, tuvieron acceso a la administración de justicia bajo las reglas del debido proceso, representados, entonces, por un nuevo apoderado.

**4. Causal 7 de la Ley 1563 de 2012, por fallo en conciencia**

Ambas partes, la convocante y la convocada, impugnaron el laudo arbitral con fundamento en la siguiente causal:

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

**4.1. Argumentos de la parte convocante**

La parte convocante transcribió algunos apartes del laudo en los cuales el Tribunal de Arbitramento afirmó que la reversión no causaba compensación alguna; indicó que a pesar de esa consideración, con apoyo en la interpretación de una sentencia del Consejo de Estado, en la cual se aplicaron los principios de justicia y equidad, el Tribunal de Arbitramento decidió ordenar la reversión y tasar la condena correspondiente.

Como consecuencia, la causal de fallo en conciencia se presentó con apoyo en que el Tribunal de Arbitramento advirtió que la reversión opera por mandato de la ley sin compensación alguna, empero para *“equilibrar la balanza”*, actuando en contravía de su propia interpretación y en conciencia, ordenó que la reversión le fuera compensada a entidad pública concedente.

**4.2. Contestación a la causal 7 por fallo en conciencia**

METRO CALI S.A. estimó que la causal debe prosperar, en tanto la orden de compensación realizada por el valor de adquisición de los lotes se realizó *“en pura equidad”[[54]](#footnote-54).*

No obstante, advirtió que esa circunstancia únicamente afecta el laudo en forma parcial, en relación con las órdenes de pagar compensaciones al consorcio por la reversión, contenidos en los puntos décimo octavo y décimo noveno de las resolutivas del laudo arbitral.

Agregó que el recurso termina enrarecido por el hecho de que en el mismo el Consorcio Patios Sur alega un empobrecimiento sin justa causa y, a la vez, plantea que no era propietario de los lotes revertidos.

**4.3. Sustentación de la causal por fallo en conciencia, presentada por la parte convocada**

En cuanto a las causales taxativas de anulación, METRO CALI S.A. también invocó la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, el fallo en conciencia o en equidad, el cual imputó a las condenas relacionadas con la reversión de los bienes y a las compensaciones ordenadas, toda vez que, a su juicio, eran ajenas a la pretensión de liquidación de los contratos.

**4.4. Contestación a la causal 7 por fallo en conciencia**

El Consorcio Patios Sur, en su contestación, advirtió que coincidía con METRO CALI S.A. en advertir que el laudo se dictó en equidad, aunque difería en cuál ha debido ser el fallo si se hubiera dictando en derecho.

El consorcio expuso cinco razones por las cuales no había lugar a decretar la reversión: **i)** no existe norma legal que permita al juez tomar la decisión de reversión de bienes en forma oficiosa; **ii)** el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 condiciona la reversión al término de la explotación económica; **iii)** la reversión sin compensación se justifica solo cuando el valor de los bienes está totalmente amortizado; **iv)** si un contrato de concesión termina de manera anticipada no procede la reversión y **v)** en el proceso arbitral se probó que las partes terminaron los contratos de manera anticipada y extinguieron todas las obligaciones que vincularon a las partes contratantes.

El consorcio concluyó que por ocurrencia de la causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, la tipificación de un fallo en conciencia, el laudo debe ser anulado en su integridad.

**4.3. Consideraciones de la causal por fallo en conciencia**

**4.3.1. Reiteración jurisprudencial acerca del fallo en conciencia**

El arbitraje en derecho constituye la regla general aplicable a la contratación estatal, de acuerdo con el contenido del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, así:

*“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”*

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia, se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política[[55]](#footnote-55), al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato estatal habilitan a la jurisdicción arbitral y, por ende, renuncian a someter las controversias -referidas en el pacto arbitral- a la vía ordinaria, esto es, renuncian a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como Juez de anulación, es restringida.

Con el propósito de afianzar la intangibilidad del laudo arbitral, la Ley 1563 de 2012 incorporó las interpretaciones del Consejo de Estado, acerca de la taxatividad de las causales del recurso de anulación y las restricciones para la valoración sobre el fondo del asunto. Para el efecto se consagraron en forma expresa las siguientes restricciones a las potestades del Juez de anulación:

*“Artículo 42. Trámite del recurso de anulación.*

*“(…).*

*“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia,* ***ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo****”.* (La negrilla no es del texto).

*“Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación* ***por las causales taxativamente*** *establecidas en esta sección. En consecuencia,* ***la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral****”.* (La negrilla no es del texto).

Para la fecha en que se expidió la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado había elaborado el concepto del fallo en conciencia, a través de múltiples providencias, con base en las cuales se rechazaban diversas causas de inconformidad con el laudo arbitral por no constituir supuestos idóneos para configurar el fallo en conciencia, dentro del recurso de anulación del laudo arbitral.

Al amparo de esas providencias, se formuló una definición, de carácter general, según la cual *“el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria”*[[56]](#footnote-56).

En lo que importa para este caso, a continuación se relacionan algunos argumentos en los que no procede fundar el recurso de anulación por la causal de fallo en conciencia, de acuerdo con las tesis vigentes del Consejo de Estado.

**4.3.1.1.** El Tribunal de Arbitramento se equivocó en la interpretación del derecho vigente. En este tipo de argumentos el recurrente cuestiona la norma aplicada por el Tribunal de Arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido Tribunal. Es decir, el laudo impugnado contiene un razonamiento sobre las normas jurídicas aplicables, empero, el recurrente expone su propia tesis jurídica acerca de las consideraciones del laudo arbitral que no lo favorecen. En esos casos, por principio, el recurso de anulación por fallo en conciencia no debe prosperar, en tanto enmascara la búsqueda de una segunda instancia. El juez de anulación no puede declarar fundado el recurso de anulación con fundamento en apreciaciones que corrigen o rectifican las interpretaciones del Tribunal Arbitral basadas en la ley.

Se observa que el Consejo de Estado ha considerado que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el apartamento manifiesto del derecho vigente y, por tanto, no debe fundarse la anulación del laudo imputando al Tribunal de Arbitramento un defecto en la interpretación de la ley.

**4.3.1.2.** El Tribunal de Arbitramento acudió al criterio de la equidad para fundar el laudo. El Consejo de Estado ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que puede y debe ser utilizado por los árbitros, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por razón de la sola invocación de la equidad proceda la impugnación del laudo.

De esta manera, no es pertinente fundar el recurso de anulación en el cuestionamiento de las referencias a la “equidad”, cuando en el laudo arbitral se puede apreciar que el Tribunal de Arbitramento también tuvo en cuenta disposiciones legales y/o contractuales como fundamento de sus decisiones[[57]](#footnote-57):

Acerca de la invocación del criterio de equidad, la Sala reitera su jurisprudencia:

“*Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política[[58]](#footnote-58) hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta de la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho’[[59]](#footnote-59). Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho* aplicable

“(…).

“*Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento”*[[60]](#footnote-60)*.*

**4.3.1.3.** El Tribunal de Arbitramento se apartó de la correcta interpretación del contrato. Se considera que el contrato constituye derecho vigente para las partes y su aplicación a la controversia –así sea realizada en un sentido distinto de la que argumentan las partes- erradica la posibilidad de imputar la anulación del laudo por el fallo en conciencia[[61]](#footnote-61).

**4.3.1.4.** El Tribunal de Arbitramento pasó por alto una prueba o la apreció en forma distinta a la que invocaron las partes. El recurso de anulación no es una instancia para rebatir la valoración de las pruebas.

Solo la condena proferida sin consideración a prueba alguna ha sido aceptada como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia[[62]](#footnote-62).

Como conclusión, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, la controversia arbitral solo podrá estudiarse por el Consejo de Estado en el estrecho margen que conceden las causales del recurso extraordinario de anulación.

**4.3.2. Consideraciones acerca del fallo en conciencia invocado en el caso concreto**

De la lectura del laudo arbitral que se examina en el presente recurso, se advierte que no es cierto que para arribar a las decisiones relacionadas con la reversión de los derechos sobre los inmuebles afectados por la concesión, el Tribunal de Arbitramento hubiera tenido como único soporte una sentencia del Consejo de Estado o que se hubiera fundado en la *“pura equidad”.*

Se observa con claridad que el Tribunal de Arbitramento se apoyó en el análisis de la obligatoriedad legal de la reversión, por virtud de los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, además de que advirtió que para el caso sub júdice no aplicaba la regla de la no compensación, toda vez que el supuesto jurídico en el *sub lite* era el de los acuerdos de terminación y liquidación anticipada.

El Tribunal Arbitral estableció que los contratos terminaron por mutuo acuerdo, sin que hubiera tenido lugar la explotación del bien objeto de la concesión en la forma convenida y desarrolló la tesis de que en tal evento había lugar a la compensación por concepto de los bienes que revertían al concedente en virtud de la ley.

En cuanto a la tasación de las sumas objeto de la condena, el Tribunal de Arbitramento se apoyó en el estudio de la tradición de los bienes, para su identificación, y en el costo de adquisición que arrojaron las escrituras públicas allegadas al proceso. Por esta razón no se puede afirmar que los árbitros fallaron a su buen saber y entender, apartados de toda prueba.

Además, los argumentos de las partes en este proceso se fundan en la cita parcial de algunas afirmaciones contenidas en el laudo arbitral y pasan por alto las razones legales y probatorias en las que se fundó la decisión arbitral.

A continuación se transcriben algunos de los considerandos que demuestran los fundamentos acerca de las decisiones referidas a la reversión y a las sumas cuyo pago se ordenó por concepto de la terminación anticipada de los contratos de concesión:

*“Por referirse el asunto sub-judice a la reversión anticipada, obligación de estirpe netamente legal, llevada al clausulado de los contratos de Concesión, derivada de los eventos acordados como de ‘terminación anticipada’ de los contratos y no haber pactado los contratantes las prestaciones económicas a cargo de cada una de ellas derivadas de dicha decisión, corresponde a este Tribunal desentrañar este vacío a partir de las reglas dadas por las normas de contratación estatal, así como las de interpretación de los contratos contempladas en el Código Civil Colombiano[[63]](#footnote-63).*

*“(…).*

*“En los Acuerdos de Terminación, las partes convinieron finalizar los contratos de concesión Nos 03 y 04, iniciar los trámites de liquidación de los contratos y colaborar mutuamente en las acciones destinadas a la liquidación de los contratos de Concesión, así como a la reversión de los inmuebles, Igualmente en tales documentos se reservaron el derecho de estimar y reclamar las indemnizaciones que pudieren corresponder a los eventuales perjuicios[[64]](#footnote-64)”.* (La subraya es del texto original del laudo arbitral).

El laudo identificó los riesgos que fueron asumidos por el concesionario, excepción hecha de aquellos asignados a METRO CALI S.A. y pasó a considerar que, pese a ello, debía tenerse en cuenta que en el presente caso no se había pagado la contraprestación correspondiente al concesionario, de manera que tenía lugar la reversión de ley, pero con el derecho a la compensación correspondiente:

*“Lo transcrito permitiría a este Tribunal concluir, que sin perjuicio de la obligación de revertir los bienes, fenómeno que ocurrió por mandato de la ley con la terminación de los contratos de Concesión Nos. 03 y 04, METRO CALI S.A. no debería pagar al Concesionario PATIOS SUR contraprestación alguna por la terminación de los citados contratos, dado que se habría materializado en su contra el álea derivado de la asunción de los riesgos de los contratos, (…).*

*“(…).*

*“Sin embargo, para el Tribunal la decisión de terminar los Contratos de Concesión Nos. 03 y 04 que adoptaron las partes de común acuerdo tiene varias y diferentes consecuencias para los bienes objeto de la reversión y para aquellas inversiones que pudo realizar el Concesionario en desarrollo de los mencionados Contratos.*

*“Por expresa disposición legal contenida en el art. 19 de la Ley 80 de 1993, así como la disposición contenida en la cláusula 52 de los contratos de Concesión 03 y 04, deberán obligatoriamente revertirse bienes a la concedente. Esta reversión se sujeta a lo siguiente:*

*“Según la Ley 80 de 1994. Artículo 14 (….).****En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión****. (…).*

*“El Artículo 19 de la Ley 80 de 1993 ordena que:*

*“****De la Reversión*** *(…) sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”*

*“(…).*

*“Según el Art. 19 de la Ley 80 de 1993, en el caso de terminación normal del contrato de Concesión, el Concesionario no tiene derecho a recibir suma de dinero diferente a la contraprestación pactada (….). A contrario sensu, en aquellos casos en que termine el contrato de concesión en forma anticipada sin que el Concesionario se haya retribuido el valor de los bienes que revierten al Estado, tendrá derecho a su reconocimiento y pago. Esa es la interpretación que el Tribunal hace para el caso de la reversión de los bienes materia de los Contratos de Concesión Nos 03 y 04, apoyándose en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, según las sentencias anteriormente trascritas y relacionadas[[65]](#footnote-65).*

*“Dicho de otra manera, en la reversión de bienes a entidades estatales, cuando se produzca la terminación anticipada de contratos de concesión en los cuales no se hubiera pagado la contraprestación en favor del Concesionario, bien por la terminación de mutuo acuerdo del contrato, como ocurre en el sub lite, o en el evento de la decisión unilateral de la Concedente, deberá conservarse el carácter de onerosidad y conmutatividad, porque de darse la reversión gratuita de los bienes a favor del Estado, además de desnaturalizarse el contrato de Concesión, generaría enriquecimiento injusto a favor del Estado en detrimento del patrimonio del concesionario”[[66]](#footnote-66).*

En relación con el acervo probatorio sobre el cual se fundó la liquidación de los contratos, en cuanto a la partida correspondiente a los inmuebles objeto de la reversión, se aprecia que el Tribunal de Arbitramento se separó, en forma razonada, de los avalúos aportados por las partes, pero, en su lugar, se apoyó en los costos de adquisición de los bienes, probados con base en las escrituras correspondientes.

En efecto, en el punto 9.1.4. el Tribunal de Arbitramento se refirió a la pretensión primera de la demanda. Con base en el estudio de la titulación, llegó a concluir que de la subdivisión del lote ofrecido por el concesionario en la licitación pública, se desprendió el inmueble correspondiente al Lote1 Polígono 3-1 institucional, identificado con matrícula inmobiliaria 370-878779, vinculado por el mismo Consorcio Patios Sur al contrato de Concesión.

En orden a determinar el valor a reconocer a favor de METRO CALI S.A., el Tribunal Arbitral desestimó *“la prueba conjunta que contiene el avalúo del inmueble solicitado por METRO CALI S.A., con fecha 1º de agosto de 2013 ya que se trata de un avalúo comercial que no tiene aplicación para el caso de esta liquidación, en cuanto la entidad concedente no está adquiriendo el bien por compra directa al Concesionario o en proceso de expropiación, sino que la mutación del derecho de propiedad ocurre como consecuencia de la reversión. Además de ello, de haber sido procedente el avalúo, este no se encuentra vigente porque fue realizado el 1 de agosto de 2013 y de conformidad con el Decreto 1420 de 1998, los avalúos solicitados por entidades públicas para adquisiciones de bienes afectados a obras públicas tienen vigencia de un año”*.

Agregó otras razones por las que no podía tomar como base el avalúo, en cuanto a las imprecisiones del mismo sobre las licencias y los usos del suelo, así como sobre la afectación del inmueble desde 2007 a la construcción del patio y taller *“lo cual limita su valorización y la posibilidad de ser enajenado para fines distintos a los de la misma concesión”[[67]](#footnote-67).*

Como consecuencia, el Tribunal de Arbitramento consideró que debía tomar como base para la partida correspondiente al inmueble distinguido con la matricula inmobiliaria 370-878779 *“el mismo precio que los integrantes del consorcio Patios Sur pagaron por su adquisición, según Escritura Pública 1596 de 22 de mayo de 2007, de la notaria 08 de Cali”* debidamente indexado, *“en aras de preservar la conmutatividad y onerosidad del contrato de concesión (…)”*[[68]](#footnote-68).

Similar razonamiento se desplegó en los considerandos de la segunda pretensión, expuestos en el punto 9.2.4. denominado “Área Útil”. El Tribunal de Arbitramento partió igualmente de identificar el inmueble ofrecido por el concesionario en la licitación pública, la afectación realizada sobre inmueble de mayor extensión que fue objeto de un fideicomiso civil, la licencia urbanística obtenida y la subdivisión de la que se desprendió el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878088, destinado para dar cumplimiento al contrato de concesión.

Para determinar el valor que METRO CALI S.A. debía pagar por concepto de la reversión, el Tribunal de Arbitramento desestimó la prueba del avalúo aportado por la partes, *“ya que se trata de un avalúo comercial que tiene aplicación para el caso de esta liquidación, en cuanto que la entidad concedente no está adquiriendo el bien por compra directa al Concesionario, ni se trata de un proceso de expropiación, sino que la mutación de la propiedad ocurrió como consecuencia de la reversión”*. En igual forma, reseñó que el avalúo no se encontraba vigente y que el mismo no tuvo en cuenta que el predio estaba clasificado *“en el POT de Cali como cinturón ecológico, y finalmente, este tampoco tuvo en cuenta la afectación del predio a la concesión y al uso público en virtud del contrato de Concesión 04”*[[69]](#footnote-69).

Como consecuencia, el valor a reconocer en la liquidación del contrato se determinó con base en *“el precio que los consorciados pagaron por su adquisición (…) cuyo pago se ordenará en aras de la conmutatividad y onerosidad del Contrato de Concesión, junto con la indexación aplicando la siguiente fórmula* [actualización con base en el IPC]*[[70]](#footnote-70)”.*

De conformidad con todo lo expuesto, no resulta cierto que el Tribunal de Arbitramento hubiera fallado en conciencia al estimar aplicable la figura legal y contractual de la reversión y al disponer el pago de las partidas correspondientes, toda vez que se fundó en sus interpretaciones de los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, en el texto de los acuerdos de terminación y liquidación de los contratos de concesión, así como en el análisis de la tradición de los inmuebles afectados por la concesión y en la prueba del valor de adquisición de los bienes, estipulado por parte del concesionario.

En igual forma, se reafirma que el valor de las condenas correspondientes no fue determinado en *“pura equidad”*, toda vez que el Tribunal de Arbitramento en su laudo se apoyó en los precios contenidos de las escrituras aportadas al proceso, sin perjuicio de reconocer sobre ellos la indexación a las sumas respectivas, esto último en aras de la conmutatividad de las prestaciones contractuales, como consecuencia de los acuerdos de terminación y liquidación.

Tampoco proceden las razones expuestas por la parte convocante en orden a controvertir el entendimiento que realizó el Tribunal de Arbitramento acerca del concepto de la reversión, toda vez que esas estimaciones no demuestran un fallo en conciencia.

En el escenario del recurso de anulación resultan improcedentes las razones argumentadas sobre el concepto que adoptó el Tribunal de Arbitramento acerca de procedencia de la reversión, toda vez que de acuerdo con los artículos 42 y 107 de la Ley 1563 de 2012, no hay lugar a calificar como equivocados los considerandos del laudo arbitral ni a modificar los criterios de interpretación legal, los cuales, en este caso, fueron desarrollados acerca del alcance de la reversión en el escenario de los acuerdos de terminación, anticipada y bilateral, de los contratos de concesión.

**5. Causal 9. Haber recaído el laudo sobre asuntos no sometidos al Tribunal de Arbitramento**

**5.1. Argumentos del convocante**

El Consorcio Patios Sur invocó la siguiente causal, contenida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012:

*“9. 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”.*

El recurrente hizo consistir la causal en que *“las partes no pidieron reversión alguna”*, empero, el Tribunal de Arbitramento les *“ordenó la reversión de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 370-878779 (Valle de Lili) y No. 370-878088 (Aguablanca) a favor de METRO CALI S.A.”[[71]](#footnote-71).*

Expuso que la sentencia del Consejo de Estado citada por el Tribunal de Arbitramento se refirió a la declaración oficiosa de la falta de legitimación en la causa, por manera que no podía aplicarse al caso concreto para fundar la decisión acerca de la reversión *“por mandato de la ley”*, toda vez que entre las dos controversias existió una diferencia fáctica que técnicamente se denomina *“disanalogía”*.

Sostuvo que la reversión era una obligación contractual, un derecho personal de METRO CALI S.A., el cual no se hizo valer en el proceso, toda vez que esa entidad no presentó demanda de reconvención.

Agregó que la reversión por mandato de la ley se encontraba prevista en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y que, de acuerdo con esa norma, operaba al término de la explotación económica de la concesión, lo cual no era el supuesto de la controversia en el caso sub júdice.

Explicó que *“si no hay amortización de las inversiones hechas por el concesionario, no hay lugar a exigir la reversión”.*

Reseñó que, según reconoció el laudo, el Consorcio Patios Sur no entró a percibir los ingresos de la concesión, por lo cual no se encontraba en el supuesto de ley.

Concluyó que en las resolutivas mediante las cuales se ordenó a la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali registrar el cambio de propietario de los inmuebles -identificados con las matrículas inmobiliarias 370-878779 (Valle de Lili) y No. 370-878088 (Aguablanca), el Tribunal decidió sobre asuntos no sometidos a su decisión, además de que no operaba la reversión, puesto que la obligación contractual se había extinguido por la decisión de terminación bilateral de los respectivos contratos.

Hizo constar que en su oportunidad solicitó corregir el laudo arbitral, mediante la anulación de los numerales 12 y 17, petición que le fue denegada[[72]](#footnote-72).

**5.2. Oposición a la ocurrencia de la causal 9**

METRO CALI S.A. observó que la causal 9 debe desatarse mediante la comparación de lo pretendido, lo excepcionado y lo resuelto en el laudo arbitral.

Agregó que el linaje de los contratos y de los documentos de terminación, en relación con las prestaciones relativas a la obligación de reversión, forzaban a pronunciarse expresamente sobre este aspecto, con el fin de descomponer la relación jurídica negocial, que *“no en otra cosa es en lo que consiste la liquidación del contrato estatal”[[73]](#footnote-73).*

**5.3. Argumentos de METRO CALI S.A., obrando como recurrente con apoyo en la misma causal 9**

Sin perjuicio de la oposición a los argumentos del Consorcio Patios Sur, METRO CALI S.A. también interpuso recurso de anulación con base en la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2007.

En su recurso, METRO CALI S.A. hizo consistir la ocurrencia de la causal en lo siguiente:

*“De acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 en la liquidación del contrato estatal lo que procede al corte de cuentas es hacer, en derecho, ‘los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar’, pero no imponer indemnizaciones ni compensaciones y menos en equidad porque la ‘indemnización’ o la compensación tienen por fuente ‘un daño antijurídico’ debidamente alegado y acreditado que se debe reparar, por ser imputable única y exclusivamente a una entidad estatal”[[74]](#footnote-74).*

METRO CALI S.A se apoyó en una frase del laudo arbitral en la que se afirmó que ninguna de las partes se refirió al *“deber legal de Reversión”,* de lo cual desprendió, como consecuencia, que no hubo congruencia entre lo pedido, lo excepcionado y lo fallado.

**5.4. Contestación del Consorcio convocante a la causal 9 impetrada por METRO CALI S.A.**

En el análisis de la causal 9, el consorcio estuvo de acuerdo con METRO CALI S.A en que la causal esta llamada a prosperar.

Sin embargo, precisó que para METRO CALI S.A. el Tribunal de Arbitramento incurrió en un fallo extra petita, por cuanto dispuso el pago de una compensación que no había sido solicitada por la convocante; al paso que para el Consorcio Patios Sur la decisión no procedía, toda vez que ninguna de las partes solicitó la reversión, además de que, a su juicio, tampoco el Tribunal podía atribuirse competencia para obrar por ministerio de la ley.

El Consorcio Patios Sur expuso que no estaba de acuerdo con la segunda parte del cargo presentado por METRO CALI S.A., en cuanto planteó que el Tribunal de Arbitramento sí ha debido pronunciarse sobre todos los inmuebles que se vincularon a la ejecución del contrato. Reafirmó que, a su juicio, el Tribunal no tenía competencia para hacer pronunciamiento alguno sobre la reversión.

**5.5. Consideraciones de la Sala, acerca de la congruencia de las decisiones del laudo arbitral con las pretensiones de la demanda arbitral**

El problema jurídico que se plantea en este acápite consiste en determinar si la reversión de los inmuebles objeto de la concesión y su valor de compensación estaban o no sometidos al debate arbitral.

Para resolver lo anterior, se presentará un recuento entre los hechos y las pretensiones, tal como fueron modificadas y adicionadas en la reforma a la demanda[[75]](#footnote-75), cotejadas frente a las resolutivas del laudo arbitral, en lo que se refiere al asunto de la reversión.

Se anticipa que el problema se resuelve en el sentido de afirmar la congruencia entre los hechos expuestos en la demanda, las pretensiones incoadas y lo resuelto en el laudo arbitral, toda vez que los primeros, esto es, la *causa petendi* y el *petitum* de la demanda, se situaron en el escenario de la liquidación de los contratos de concesión por terminación anticipada y lo segundo, es decir, lo resuelto en el laudo arbitral, precisamente obedeció al análisis de las pretensiones que prosperaron en el debate arbitral.

Se advierte que carece de apoyo la tesis de que la reversión de los inmuebles afectos a la concesión estuviera por fuera del debate arbitral, teniendo en cuenta que la figura de la reversión fue expresamente invocada en el acuerdo de terminación y liquidación de los contratos y que las partes acudieron a la justicia arbitral con el objeto de dirimir sus diferencias de cara a la liquidación de los referidos contratos, como consecuencia del acuerdo de terminación y liquidación que no habían podido finiquitar.

Desde el punto de vista de la pretensión de liquidación del contrato en sede judicial, se puede observar que la misma faculta al Juez del contrato para establecer las partidas acreedoras y deudoras de ambas partes y no solamente para pronunciarse sobre las acreencias que el demandante cree tener a su favor.

´

Ello es así, por cuanto la liquidación del contrato, por principio, compendia las cifras de ejecución del contrato y define un balance que debe incluir todos los valores que reflejan dicha ejecución, de manera que la declaración del saldo final de liquidación puede resultar a favor o en contra de la parte demandante.

Además, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 en la etapa de liquidación está permitido a las partes disponer *“los ajustes, revisiones y reconocimientos”* a que haya lugar. De allí se desprende que las diferencias acerca de la liquidación pueden, también, incluir partidas que obedezcan a tales conceptos.

La Sala no comparte el planteamiento de METRO CALI S.A., según el cual los reconocimientos pasibles en la etapa de liquidación no comprendían la posibilidad de incluir partidas compensatorias.

Sin duda, no existe razón para distinguir entre reconocimientos y compensaciones, en cuanto a las partidas posibles de la liquidación del contrato, toda vez que las compensaciones en últimas se refieren a partidas que representan reconocimientos recíprocos, como, por ejemplo, las que comprenden el valor de los inmuebles afectados a la concesión contra la entrega de los mismos, en el caso atípico de la terminación anticipada de la concesión, tal como lo dispuso el laudo arbitral objeto de la impugnación.

En conclusión, la pretensión de liquidación del contrato de concesión, en el marco de los acuerdos de terminación anticipada, abría paso, de manera congruente, al reconocimiento de la reversión de los bienes y a la condena de la compensación consecuente entre la entrega de los mismos y el pago de los costos en que incurrió el concesionario para su adquisición.

**5.5. Cotejo entre la *causa petendi*, el *petitum* y las decisiones del laudo arbitral**

A continuación se transcriben los hechos y pretensiones y las resolutivas, cuya comparación denota que el laudo arbitral se profirió en forma congruente:

Hecho TRIGÉSIMO OCTAVO de la demanda:

*“En la cláusula quinta del acuerdo de terminación anticipada y bilateral del contrato de concesión ‘NÚMERO (3) PATIO Y TALLER VALLE DE LILI’ se pactó lo siguiente: ‘las partes acuerdan iniciar con los trámites y colaborar mutuamente en las acciones destinadas a la liquidación bilateral del contrato de concesión número 3 y* ***a la revisión del inmueble****[[76]](#footnote-76) dentro de los términos establecidos para tal efecto, de conformidad con el contrato y el artículo 11 de la ley 1150 de 2007[[77]](#footnote-77), a partir de la suscripción del acta (…)”.* (La negrilla no es del texto).

Hecho TRIGÉSIMO NOVENO de la demanda:

“*En la cláusula quinta del acuerdo de terminación anticipada y bilateral del contrato de concesión ‘NÚMERO (4) PATIO Y TALLER AGUA BLANCA’ se pactó lo siguiente: ‘las partes acuerdan iniciar con los trámites y colaborar mutuamente en las acciones destinadas a la liquidación bilateral del contrato de concesión número 4 y* ***a la revisión del inmueble[[78]](#footnote-78)*** *dentro de los términos establecidos para tal efecto, de conformidad con el contrato y el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, a partir de la suscripción del acta (…)”.* (La negrilla no es del texto).

En el hecho trigésimo quinto de la demanda[[79]](#footnote-79) se reseñaron los acuerdos de terminación y liquidación de los contratos y de manera consecuente, en las pruebas acreditadas por el consorcio convocante con la presentación de la demanda, se allegaron las copias de los acuerdos de terminación anticipada y bilateral de los contratos de concesión y los avalúos de los predios.

En la cláusula quinta de cada uno de los acuerdos de terminación anticipada y bilateral de los contratos de concesión números 3 y 4, a los cuales se refirió en el hecho trigésimo quinto de la demanda, se lee, de conformidad con el texto allegado como prueba:

En el acuerdo de terminación anticipada y bilateral del contrato de concesión número 3 “PATIO Y TALLER VALLE DE LILI”:

*“QUINTO: LIQUIDACIÓN: Las partes acuerdan iniciar con los trámites y colaborar mutuamente en las acciones destinadas a la liquidación bilateral del contrato [de] concesión número 3* ***y a la reversión del inmueble****, dentro de los términos establecidos para tal efecto, de conformidad con el contrato y con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. A partir de la fecha de suscripción de la presente acta. PARÁGRAFO PRIMERO. La partes acuerdan que dentro del proceso bilateral de liquidación del contrato de concesión número 3, serán objeto de revisión y análisis de las partes, en especial y no exclusivamente, los siguientes conceptos: 1. Avalúo de Predios (…)”[[80]](#footnote-80).* (Negrilla y subraya no son del texto).

En el acuerdo de terminación anticipada y bilateral del contrato de concesión número 4 “PATIO Y TALLER AGUA BLANCA”:

*“QUINTO: LIQUIDACIÓN: Las partes acuerdan iniciar con los trámites y colaborar mutuamente en las acciones destinadas a la liquidación bilateral del contrato [de] concesión número 4* ***y a la reversión del inmueble****, dentro de los términos establecidos para tal efecto, de conformidad con el contrato y con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. A partir de la fecha de suscripción de la presente acta. PARÁGRAFO PRIMERO. La partes acuerdan que dentro del proceso bilateral de liquidación del contrato de concesión número 4, serán objeto de revisión y análisis de las partes, en especial y no exclusivamente, los siguientes conceptos: 1. Avalúo de Predios (…)”[[81]](#footnote-81).* (Negrilla y subraya no son del texto),

Ahora bien, en el acápite de PRETENSIONES DECLARACIONES Y CONDENAS, el consorcio demandante incluyó una partida correspondiente a los valores de los inmuebles, que, a su juicio, debía ser liquidada a su favor y solicitó la condena correspondiente, con base en el valor de dichos inmuebles, así:

*“****Pretensiones Declarativas***

*“PRIMERA: Que de la terminación se ordene a la parte convocada reconocer, liquidar y pagar por este medio, el contrato de concesión No. 3 del patio y Taller Valle de Lili, suscrito entre METRO CALI y el consorcio patios Sur, terminado bilateralmente el pasado 11 de junio así:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **VALLE DE LILI - DESCRIPCION** | **M2** | **Valor unitario**  | **VALOR TOTAL**  |
| (...) |  |  |  |
| Área útil lote 3-1. | 53.944,51 | $350.000 | $18.880’578.500 |

*“SEGUNDA: Que de la terminación se ordene a la parte convocada reconocer, liquidar y pagar por este medio, el contrato de concesión No. 4 del Patio y Taller Valle del (sic) Aguablanca, suscrito entre METRO CALI y el Consorcio patios Sur, terminado bilateralmente el pasado 11 de junio así:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AGUABLANCA** | **M2** | **Valor unitario**  | **VALOR TOTAL**  |
| (…) |  |  |  |
| Área útil  | 59.730,39 | $180,000 | $10.751’400.000 |

*“(…).*

*“PRETENSIONES DE CONDENA*

*“CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, se condene y ordene a la parte convocada a la suma de OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO ($86.483’771.438) de* (sic) *pesos moneda circulante”[[82]](#footnote-82).*

Finalmente, en el laudo arbitral se realizaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“TERCERO: Denegar la primera pretensión declarativa de la reforma de la demanda, con excepción de los pedimentos denominados ‘Licencia Urbanización y Construcción – liquidación de expensas’ y ‘Área Útil Lote 3-1’ cuyo reconocimiento económico se ordena a METRO CALI S.A que realice por motivo de la liquidación del Contrato de Concesión No. 03. Celebrado entre el Consorcio Patios Sur y METRO CALI S.A., el 16 de marzo de 2007, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.*

*“CUARTO: Denegar la primera pretensión declarativa de la reforma de la demanda, con excepción de los pedimentos denominados ‘Licencia Urbanización y Construcción – liquidación de expensas’ y ‘Área Útil’ cuyo reconocimiento económico se ordena a METRO CALI S.A que realice por motivo de la liquidación del Contrato de Concesión No. 04. Celebrado entre el Consorcio Patios Sur y METRO CALI S.A., el 16 de marzo de 2007, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.*

*“(…).*

*“DÉCIMO: Liquidar el contrato de Concesión No. 3 suscrito entre METRO CALI S.A. y el CONSORCIO PATIOS SUR, así:*

*“BALANCE ECONÓMICO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL CORRESPONDIENTE AL CONTRATO 03:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *(…)* | *VALOR HISTÓRICO* | *VALOR INDEXADO* |
| *Área útil, lote 3-1* | *$4.147’625.024* | *$5.904’794.823* |

*“DÉCIMO PRIMERO: Liquidar el contrato de Concesión No. 4 suscrito entre METRO CALI S.A. y el Consorcio Patios Sur, así*

*“BALANCE ECONÓMICO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL CORRESPONDIENTE AL CONTRATO 4:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *(…)* | *VALOR HISTÓRICO* | *VALOR INDEXADO* |
| *Área útil* | *$1.131’792.687* | *$1.606’673.318* |

*“(…).*

*“DÉCIMO SEGUNDO: Ordenar a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, inscribir a METRO CALI S.A., en el folio de Matrícula inmobiliaria No. 370-878779, como titular de la cuota parte del 96.5819%, del derecho de dominio del inmueble identificado como LOTE 1-POLÍGONO 3-1 INSTITUCIONAL #, Cuota parte afectada al contrato de Concesión 03, celebrado entre METRO CALI y el Consorcio Patios Sur, la cual esté legalmente revertida a METRO CALI S.A., desde el 11 de junio de 2013, como consecuencia de la terminación anticipada del contrato (…).*

*“DÉCIMO TERCERO: Ordenar a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, inscribir a METRO CALI S.A., en el folio de Matrícula inmobiliaria No. 370-878088, como titular del derecho de dominio del inmueble identificado como LOTE DE TERRENO #B DISTRITO DECEPAZ SECTOR VILLA MERCEDES, MUNICIPIO DE CALI, bien afectado al contrato de Concesión 04, celebrado entre METRO CALI y el Consorcio Patios Sur, la cual esté legalmente revertida a METRO CALI S.A., desde el 11 de junio de 2013, como consecuencia de la terminación anticipada del contrato (…).*

*“(…).*

*“DÉCIMO OCTAVO: Ordenar a METRO CALI S.A. pagar al consorcio Patios Sur, la cantidad de CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($5.935’840.884,50), moneda colombiana, por concepto de liquidación del contrato de Concesión número 03, celebrado el 16 de marzo de 2007, entre el consorcio PATIOS SUR y METRO CALI S.A. El pago será efectuado por METRO CALI S.A. una vez se realice la entrega física y material del inmueble referido en el numeral DÉCIMO SEXTO de este proveído, de parte del CONSORCIO PATIOS SUR o de las sociedades que lo conforman. Declarar en consecuencia que prospera parcialmente la pretensión primera declarativa de la reforma a la demanda en los conceptos denominados ‘Licencia de Urbanización y Construcción- Liquidación de Expensas’ y ‘Área Útil Lote 3-1’, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.*

*“DÉCIMO NOVENO: Ordenar a METRO CALI S.A. pagar al consorcio Patios Sur, la cantidad de MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO CINCO PESOS ($1.744’589.105), moneda colombiana, por concepto de liquidación del contrato de Concesión número 04, celebrado el 16 de marzo de 2007, entre el CONSORCIO PATIOS SUR y METRO CALI S.A. El pago será efectuado por METRO CALI S.A. una vez se realice la entrega física y material del inmueble referido en el numeral Décimo Séptimo de este proveído, de parte del CONSORCIO PATIOS SUR o de las sociedades que lo conforman. Declarar en consecuencia que prospera parcialmente la pretensión segunda declarativa de la reforma a la demanda en los conceptos denominados ‘Licencia de Urbanización y Construcción- Liquidación de Expensas’ y ‘Área Útil’, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva del laudo”[[83]](#footnote-83).*

De la lectura de la demanda contrastada con las resolutivas del laudo arbitral se concluye que no puede imputarse incongruencia, toda vez que los pronunciamientos se refirieron a las partidas resultantes de la liquidación de los contratos 03 y 04 y a los inmuebles que el propio demandante relacionó y tasó, como asunto que hacía parte de la controversia sometida al Tribunal de Arbitramento por virtud del pacto arbitral.

No es correcta la apreciación de que la parte convocante excluyó de la controversia el asunto de la reversión, toda vez que hizo referencia expresa a la figura en el punto quinto de los acuerdos de terminación y liquidación de los contratos, a su vez citados en los hechos de la demanda. Igualmente, en las pretensiones primera y segunda declarativas y en la pretensión cuarta referida a la condena, la parte convocante involucró la determinación del valor a reconocer por esos inmuebles dentro de las diferencias que llevó al debate arbitral.

Por otra parte, debe advertirse que METRO CALI S.A., en la contestación de la demanda, se allanó *“única y exclusivamente a los conceptos o descripción de: i) Área Útil,* ***cuyo dominio el demandante deberá transferir a METRO CALI producto de la liquidación del contrato****”.* De allí se evidencia que se confirmó como un asunto en litigio el referente a la transferencia de los inmuebles a METRO CALI S.A, y que su valor también se sometió a la decisión arbitral, como parte de las prestaciones propias del balance de liquidación de los contratos.

De la contestación a la demanda se observa que METRO CALI S.A. situó la discusión en el valor de los bienes destinados a la construcción de los patios, por considerar que los avalúos aportados por la demandante correspondían a una *“menor extensión (…) sin que el demandante haya demostrado la razón de la diferencia en la extensión del área útil frente a lo que ha solicitado”*[[84]](#footnote-84). La convocada expuso que no se logró la suscripción de las actas de liquidación bilateral *“ante la diferencia conceptual y económica a la hora de cuantificar el valor más significativo de la liquidación, relacionado con el de los lotes en donde serían construidos los patio talleres”[[85]](#footnote-85).*

Por otra parte, de la lectura del laudo arbitral se puede advertir que el Tribunal de Arbitramento no declaró la reversión de los inmuebles, sino que estimó que la reversión operó por ministerio de la Ley. Además, siguiendo el razonamiento del Tribunal de Arbitramento, se concluye que la condena se fundó en las prestaciones que habían sido solicitadas en la demanda y que, a su juicio, debían reconocerse en la liquidación del contrato, hasta por el valor que fueron probadas en el proceso arbitral.

El Tribunal determinó que el supuesto sub júdice era diferente de aquel en que la reversión de los bienes ocurría al término de un contrato ejecutado de acuerdo con lo convenido, en la cual el concesionario habría explotado el bien y recibido las contraprestaciones acordadas, por lo que allí – en ese supuesto no predicable del litigio en cuestión- no había lugar a compensación.

Todos los anteriores razonamientos se originaron en torno de los hechos planteados en la demanda y en su contestación y dentro del marco de la liquidación que propuso la parte demandante.

Por ello, concluye la Sala que el asunto que ahora se busca debatir, a través de la impugnación del laudo arbitral, en realidad, corresponde a una inconformidad de las partes acerca de la forma como razonó el Tribunal de Arbitramento, sobre un aspecto litigioso que desató una condena con la que ninguna de las partes se mostró satisfecha: la convocante, por cuanto no se le reconoció todo el valor que pretendió y la convocada por cuanto, en sede del recurso de anulación, sostuvo que no tenía que pagar compensación alguna por los bienes que indicó que se le debían transferir y sobre los cuales, en efecto, se impuso la obligación de entrega y el registro de la reversión a su favor.

**5.6. El Tribunal de Arbitramento tiene la potestad –deber de improbar la conciliación presentada por las partes, cuando la considere lesiva a los intereses patrimoniales del Estado**

No sobra advertir que, con las mismas potestades del Juez[[86]](#footnote-86), el Tribunal de Arbitramento está facultado para improbar los acuerdos conciliatorios que plantean las partes en la audiencia de conciliación, en caso de que no los encuentre conformes con la ley. Si el laudo debe proferirse en derecho, es apenas obvio que el Tribunal de Arbitramento no puede poner fin al litigio aprobando una conciliación que defina una liquidación del contrato con el reconocimiento de partidas *contra legem.*

Debe recordarse que la aprobación de la conciliación por parte del Tribunal de Arbitramento, como juez del contrato, hace que esta última cobre la fuerza de cosa juzgada[[87]](#footnote-87).

Acerca de la potestad – deber- de improbar los acuerdos lesivos, es útil reiterar la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el particular:

*“El límite de la conciliación, para que resulte procedente, lo marca el hecho de que la misma no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que, a cualquier precio, permita la solución o la prevención de litigios, sino de uno que implica que dicha solución, siendo justa, equilibre la disposición de intereses con la legalidad. En otros términos, el reconocimiento voluntario de las deudas por parte de las entidades estatales, debe estar fundamentado en pruebas suficientes, de manera tal que el acuerdo logrado no lesione el patrimonio público”[[88]](#footnote-88).*

**6. Recurso de anulación interpuesto por METRO CALI S.A. – Falta de citación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del municipio de Cali**

**6.1. Argumentos de la convocada**

METRO CALI S.A., en su calidad de parte convocada, interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral, afirmando que el Tribunal de Arbitramento ha debido citar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al municipio de Cali, este último como litisconsorte necesario, toda vez que en la cláusula 49.1 de los contratos de concesión se estableció la obligación de revertir *‘a favor del Municipio de Santiago de Cali y/o Metro Cali S.A.’* los bienes adquiridos por el concesionario, construidos e instalados para el funcionamiento de la concesión.

Indicó que el municipio debió ser llamado al proceso y en caso de que decidiera no adherir al pacto, el Tribunal de Arbitramento debió *“declarar extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria”.*

METRO CALI S.A. expuso que en estos eventos, por la entidad de la infracción arbitral, se configura un caso de excepción a la taxatividad de las causales de anulación del nuevo estatuto de arbitraje.

**6.2. Oposición a la causal por indebida integración del contradictorio**

El consorcio convocante estimó que la falta de citación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la del municipio de Cali, en efecto, constituyeron un vicio in procedendo que violó el artículo 29 de la Constitución Política, por lo cual, la causal incoada se enmarca en el numeral 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Además, advirtió que el señor Mauricio Rojas Soto invocó, también, la causal 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto no fue llamado a integrar el contradictorio, pese a lo cual –según afirmó- el laudo adoptó decisiones sobre los bienes de propiedad del citado señor Rojas Soto.

**6.3. Consideraciones de la Sala acerca de la citación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del municipio de Cali**

Se ha expuesto en esta providencia el alcance de la figura del litisconsorte necesario y los supuestos para enmarcar la causal de anulación del laudo arbitral por falta de notificación de la parte litisconsorte o por falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, esta última en el evento de la manifestación de no adhesión de quien necesariamente debe ser parte del litigio.

También se ha advertido que la causal de falta de notificación puede ser saneada y, desde otra perspectiva, se observó que la parte que actúa en el proceso sin negar la existencia del pacto que la someterá a la jurisdicción arbitral, termina expuesta a la apreciación probatoria de que existió tal pacto en forma vinculante para ella.

Finalmente, se ha establecido que por aplicación de los artículos 315 y 316 del Código General del Proceso, la falta de notificación al litisconsorte necesario solo puede ser alegada por la misma persona que se estima afectada.

Así las cosas, no hay lugar a la procedencia de la causal impetrada por cuanto ni la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni el municipio de Cali tenían condición de litis consortes necesarios en este proceso, amén de que no impugnaron el laudo arbitral, ni alegaron la causal impetrada. De hecho, la Agencia Nacional de Defensa del Estado decidió no intervenir en el proceso, tal como se desprende de la circunstancia de que no actuó, habiendo recibido el aviso, con la demanda, en su buzón electrónico.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es un sujeto procesal especial y fue avisada de la demanda, tal como se reseñó en la parte inicial de esta providencia. Se agrega que su presencia no es obligatoria y que esa entidad selecciona las causas en que decide intervenir o hacerse parte.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede, también, actuar como representante de la parte estatal, y en ese caso se exige la notificación como parte del proceso. No obstante, ese no fue el supuesto en el *sub lite*.

Por su lado, el municipio de Cali era un tercero, en cuyo favor existía una estipulación contractual, dentro de los contratos de concesión en los cuales no fue parte.

Además de que tal estipulación no había sido ratificada por el municipio de Cali[[89]](#footnote-89), se observa que estaba construida a favor de METRO CALI S.A. *“y/o”* el municipio, de manera que, desde esa perspectiva, la parte activa de la referida obligación contractual, en sede de los acuerdos de terminación y liquidación de los contratos, fue ejercida únicamente por METRO CALI S.A., que en su calidad de entidad concedente de los contratos de concesión, constituyó, además, el sujeto legitimado por pasiva, en el proceso arbitral.

**7. Costas**

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que el recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

Sin embargo, en este litigio ambas partes obraron como recurrentes y ninguna de las causales prosperó.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que las dos partes tuvieron que desplegar actividad procesal, la cual se estima de igual complejidad y con la misma duración dentro del respectivo recurso, no se condenará en costas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO:** Aceptar el impedimento presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADOS** los recursos deanulación propuestos contra el laudo de 22 de junio de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre Consorcio Patios Sur y METRO CALI S.A.

**TERCERO: SIN** condena en costas.

**CUARTO:** En firme la providencia, se ordenadevolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. **Artículo 141. *Causales de recusación.***

*“Artículo 141 C.G.P. Son causales de recusación las siguientes:*

*“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 1 y 2, cuaderno 11. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hecho sexto, reforma a la demanda, folio 4, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hechos noveno a trigésimo cuarto, folios 5 a 10, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 11, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-5)
6. Acta de las diligencias de conciliación extrajudicial No. 430 de 9 de octubre de 2014, Procuraduría 166 Judicial II para Asuntos Administrativos, con radicación No. 176923 de 27 de mayo de 2014, según documento obrante en los folios 338 a 355, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 388 a 396, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-7)
8. Pretensión cuarta, reforma a la demanda, folio 19, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 139 a 145, cuaderno 9 – contestación de demanda y anexos. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 309 a 319, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 302, cuaderno 19 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 717, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cuaderno 2, folios 1 a 3. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“Artículo 611 CGP. Suspensión del proceso por intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado****.*** *Los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, se suspenderán por el término de treinta (30) días cuando la Agencia Nacional de Defensa del Estado manifieste su intención de intervenir en el proceso, mediante escrito presentado ante el juez de conocimiento. La suspensión tendrá efectos automáticos para todas las partes desde el momento en que se radique el respectivo escrito. Esta suspensión sólo operará en los eventos en que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no haya actuado en el proceso y siempre y cuando este se encuentre en etapa posterior al vencimiento del término de traslado de la demanda”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Página 26, laudo arbitral [↑](#footnote-ref-15)
16. Cláusula de reversión anticipada. [↑](#footnote-ref-16)
17. Página 53, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-17)
18. Páginas 60 a 63, laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-18)
19. Considerandos 9.1.4. y 9.2.4 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-19)
20. Página 78, 79 y 92 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-20)
21. Metrocali S.A. es una sociedad anónima, descentralizada del orden municipal, que se constituyó con un 100% de capital público, a la cual se aplican las reglas de las empresas industriales y comerciales del estado, según se estableció con base en los estatutos sociales y el certificado de existencia y representación, allegados con la contestación de la demanda (folios 25 a 53, cuaderno 9). La condición jurídica se reafirmó con base en los documentos anexos a la presentación del recurso de anulación, folio 169, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Indicó ser propietario del 100% del inmueble identificado con matricula inmobiliaria 370-87808 (Aguablanca) y copropietario en comunidad del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 370-878779 (Valle de Lili). [↑](#footnote-ref-22)
23. De acuerdo con el expediente, el recurrente se refirió a la audiencia de conciliación dentro del proceso arbitral, según consta en las siguientes actas: No. 6 de noviembre 3 de 2015, No. 7 de noviembre 13 de 2015 y No. 8 de 7 de diciembre de 2015 (folios 85 a 305, cuaderno 19) y Acta No. 9 de 16 de diciembre de 2015, en la que consta el auto No. 13, en el cual el Tribunal de Arbitramento decidió no aprobar el acuerdo conciliatorio presentado por las partes el 27 de noviembre de 2015. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“Artículo**12. Iniciación del proceso arbitral. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. *“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

*“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.*

*“Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.*

*“Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.*

*“Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. *“Artículo 42 C.P.G. Deberes del juez. Son deberes del juez:*

*“(…)*

*“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. *“Artículo**41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

*“(…).*

*“4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*

*“(…).*

*“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 11, cuaderno 15. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 151, cuaderno 19. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 85 a 305, cuaderno 19. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 251, cuaderno 19. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 309 a 319, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 66 a 68, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Anotación 12, certificado de tradición, folios 67 y 68, cuaderno 1, [↑](#footnote-ref-34)
35. De acuerdo con la anotación 12, los ejecutados en ese proceso eran, García Rios Constructores S.A, Dinamo Consultores S.A., Desarrollo de Negocios S.A., Centrales de Transporte S.A., Jaime Carmona Soto y Ana Paola Calderón. Los cuatro primeros hacían parte del Consorcio Patios Sur que resultó adjudicatario de la licitación, de acuerdo con el documento de consorcio, obrante en los folios 23 a 25 del cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-35)
36. Afectado por la resolutiva contenida en el Décimo Tercero del Laudo Arbitral. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 106 a 108, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. Anotación 4, Certificado de Tradición, Folio 65 vuelto, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 118, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 109, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. De acuerdo con la certificación anexa al recurso la tarjeta profesional 198743 corresponde a Jorge Mario Celedón Suárez.

 [↑](#footnote-ref-41)
42. Allegó copia del diploma y del acta de grado de fecha 13 de mayo de 2011, folios 119 y 120, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 185 y 186, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. *“Artículo 2. Clases de arbitraje. El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional. Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás. Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. En el texto original faltó citar un número. De acuerdo con el poder obrante al folio 508, cuaderno 19, el número de la tarjeta profesional del doctor Juan Sebastián Ávila Toro es 233.666. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 463, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 556, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-47)
48. Además, de acuerdo con las comunicaciones que obran en los folios 57 y 58, cuaderno 2, el Centro de Conciliación dio traslado de la aceptación de los árbitros directamente a la parte convocante y a su apoderado, en forma independiente. [↑](#footnote-ref-48)
49. “*Artículo 4o. Para ejercer la profesión se requiere estar inscrito como abogado, sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Decreto.*

*“Artículo 5o. Es requisito para la inscripción haber obtenido el título correspondiente, reconocido legalmente por el Estado”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Sentencia C-612, noviembre 9 de 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz. [↑](#footnote-ref-50)
51. Proceso No 22432, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz, aprobado en acta No. 119, sentencia de 19 de octubre de 2006.

*“5. (…).// “En tal sentido se expresó la Corte Constitucional al encontrar contrario a la Carta Política las disposiciones que autorizaban la intervención como defensor de ‘cualquier ciudadano honorable, pero admitió como válido en situaciones excepcionales que la defensa pudiera ser confiada a abogados no inscritos, como cuando la ley habilita para tal cargo a ‘egresados o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, desde luego, garantizando un mínimo de formación e idoneidad técnica profesional…’, oportunidad en la que señaló:*

*“6. De acuerdo con lo señalado, no siempre que se constate que el ejercicio de la defensa técnica ha sido confiada a una persona que no se encuentra autorizada por la ley, tal irregularidad conllevará necesariamente la declaratoria de nulidad, pues tal percepción estaría dándole una connotación meramente formal a dicha garantía. Evento en el cual será necesario descartar las circunstancias especiales en las que el ejercicio de la defensa se puede confiar a personas que aún no han obtenido el título profesional, así como aquellos eventos en que la jurisprudencia de la Sala ha concluido su validez, por tratarse de situaciones que corresponden a un ejercicio ilegal de la profesión de abogado, pero que no acarrean irregularidades sustanciales que afecten la garantía constitucional a la defensa técnica, como cuando el defensor ha sido suspendido en el ejercicio de la profesión o concurre en él una circunstancia que lo inhabilita para su ejercicio, según lo señala el inciso 2º del artículo 25 del Decreto 196 de 1971 (…)”.* [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 501 a 504, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 617 a 620, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folio 182, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-54)
55. *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.* [↑](#footnote-ref-55)
56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 18 de enero de 2012, radicación número: 11001-03-26-000-2010-00078-00(40082), actor: Bancolombia, demandado: Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin, referencia: anulación laudo arbitral. En forma similar se había elaborado el concepto general del fallo en conciencia desde las sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (expedientes 6695, 16766 y 24320) y en la sentencia de 24 de marzo del 2.011, Sección Tercera, Subsección C, expediente. 38.484. [↑](#footnote-ref-56)
57. Citó la sentencia de 24 de marzo de 2011, Subsección C, expediente 38484. [↑](#footnote-ref-57)
58. Cita Original de la sentencia: *“Artículo 230 C.P.**Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.* [↑](#footnote-ref-58)
59. Cita original de la Sentencia: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00(52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación”.* [↑](#footnote-ref-59)
60. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A,, sentencia de 21 de septiembre de 2016, radicación: 11001032600020160005700 (56728), actor: Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Construcciones El Cóndor S.A. integrantes del Consorcio Distritos Bogotá, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU, referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento de Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Construcciones El Cóndor S.A. Contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU. [↑](#footnote-ref-60)
61. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de julio 6 de 2005, radicación11001032600020040005300 (28990), impugnantes: Invías y Ministerio Público, recurso: anulación laudo arbitral.

*“De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna”.*

Citó la sentencia de 2 de julio de 2005, expediente 28990, reiterada por la sentencia de 4 de mayo de 2000, expediente16766. [↑](#footnote-ref-61)
62. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón, sentencia de 29 de noviembre de 2012, radicación número: 11001-03-26-000-2010-00051-00(39332), referencia: recurso de anulación de laudo arbitral (sentencia).

*“No obstante lo anterior, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, el fallo en conciencia no sólo se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso, sino que también se presenta cuando, a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su decisión, es decir, apoyándose en el principio de verdad sabida y buena fe guardada, cosa que, como se pasa a explicar, tuvo lugar en este caso en relación con el preciso aspecto que en este momento ocupa la atención de la Sala:*

*“Si bien el Tribunal de Arbitramento a partir de normas jurídicas vigentes y aplicables al caso elaboró el concepto de Pérdida Generalizada de Producción - PGP - y la definió “como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor”,* ***lo cierto es que no se observa en el texto del laudo cuáles habrían sido las pruebas específicas que a juicio del Tribunal constituyeron la mala fe de la entidad demandada*** *y que, por tanto, dieran lugar a concluir que ésta incurrió en las conductas descritas en el concepto de la PGP”.* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-62)
63. Cita original del laudo arbitral: Artículo 1618 y siguientes del Código Civil Colombiano. Página 54 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-63)
64. Cita original del laudo arbitral: “Cláusula 81 de los Contratos de Concesión Nos. 03 y 04”. Laudo arbitral, página 55. [↑](#footnote-ref-64)
65. De acuerdo con las citas originales del laudo arbitral: “*Corte Constitucional, Sentencia 250/96, 06 de junio de 1996, MP: Hernando Herrera Vergara, citada por la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 2013. MP Gabriel Mendoza”* y “*Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 10498, 31 de enero de 1997, MP Daniel Suárez”*. [↑](#footnote-ref-65)
66. Extractos de las consideraciones realizadas en el punto 7 del laudo arbitral, titulado *“RESTITUCIONES MUTUAS EN LA REVERSIÓN DE BIENES POR TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS Nos. 03 y 04”*, páginas 53 a 63 del laudo arbitral, cuaderno principal, recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-66)
67. Folio 77, laudo arbitral, cuaderno principal recurso se anulación del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-67)
68. Página 78, laudo arbitral, cuaderno principal recurso de anulación del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-68)
69. Página 91, laudo arbitral, cuaderno principal, recurso de anulación del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-69)
70. Página 92, laudo arbitral, cuaderno principal, recurso de anulación del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folio 117, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-71)
72. La solicitud de aclaración, corrección y adición, fue considerada y denegada por el Tribunal de Arbitramento de acuerdo con las decisión contenida en el acta 22 de 12 de junio de 2016, folios 641 a 657, cuaderno 22. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folio 185, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folio 158, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folios 1 a 27, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-75)
76. Se destaca el término ‘revisión’ para reseñar que los hechos se refirieron en forma expresa a los predios destinados al patio y taller denominado Valle de Lili, objeto de la adquisición, diseño y construcción, de acuerdo, a su vez, con el objeto del contrato que fue citado en el hecho segundo de la demanda, folios 2 y 3. Cuaderno 18. Aunque el término ‘revisión’ hubiera sido mal utilizado o se hubiera referido a la identificación o inspección física del bien, se entiende que los derechos sobre los inmuebles sí estaban inmersos en la controversia que se llevó ante el Tribunal de Arbitramento. [↑](#footnote-ref-76)
77. *“Artículo 11. Del Plazo para la Liquidación de los Contratos*. [↑](#footnote-ref-77)
78. Se destaca el término ‘revisión’ para reseñar que los hechos se refirieron a los predios destinados al patio y taller denominado Agua Blanca, de acuerdo con el objeto del contrato que fue citado en el hecho segundo de la demanda. . Aunque el término ‘revisión’ hubiera sido mal utilizado o se hubiera referido a la identificación o inspección física del bien, se entiende que los derechos sobre los inmuebles sí estaban inmersos en la controversia que se llevó ante el Tribunal de Arbitramento. [↑](#footnote-ref-78)
79. Hecho TRIGÉSIMO QUINTO de la demanda: “*Así las cosas, el día 11 de junio de 2013 las partes acuerdan la terminación anticipada y bilateral de los contratos de concesión ‘NÚMERO TRES (3) PATIO Y TALLER VALLE DE LILI’ y ‘NÚMERO (4) PATIO Y TALLER AGUA BLANCA’, suscritos entre METRO CALI S.A. y CONSORCIO PATIOS SUR, en base al principio de buena fe*”. Folio 10, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-79)
80. Folio 276, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-80)
81. Folio 265, cuaderno 18. [↑](#footnote-ref-81)
82. Folio 19, cuaderno 18. En la suma citada la convocante incluyó todas las partidas que a su juicio se debían liquidar en su favor, como consecuencia de los acuerdos de terminación y liquidación de los contratos. [↑](#footnote-ref-82)
83. Páginas 104 a 110 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-83)
84. Folios 1 y 2 de la contestación de la demanda, cuaderno 9. [↑](#footnote-ref-84)
85. Folio 12 de la contestación de la demanda, cuaderno 9. [↑](#footnote-ref-85)
86. “*Ley 1285 de 2009. Artículo**13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:*

*“(…).*

*“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”.*  [↑](#footnote-ref-86)
87. *“Ley 446 de 1998. Artículo 105.**Efectos de la conciliación administrativa. Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquélla repita total o parcialmente contra éste.*

*“La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél”.* [↑](#footnote-ref-87)
88. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 30 de marzo de 2000, Exp. 16116, Consejero ponente. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Jurisprudencia en el mismo sentido fue acogida en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, auto de diciembre 9 de 2004, radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, demandado: Instituto Nacional de Vías (Improbación de la conciliación celebrada por COMMSA S.A.). [↑](#footnote-ref-88)
89. *Artículo 1449 CC: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado”.* [↑](#footnote-ref-89)