

CONTRATO ESTATAL– Declaración de la nulidad– Facultad oficiosa

La Sala ha concluido acerca de la procedencia de declarar –de manera oficiosa– la nulidad absoluta de los contratos estatales –o de sus cláusulas. No sobra destacar aquellas consideraciones expuestas en forma reiterada por la Sala, en cuanto apuntan a advertir sobre la exigencia previa de existencia del contrato para el ejercicio de la acción contractual, cuya inobservancia de tal presupuesto releva por completo al juez de la causa de analizar el fondo del asunto. Existen diversos y variados aspectos, tanto procesales como sustanciales, que deben analizarse por parte del juez de conocimiento y definirlos, pese a que los mismos no hayan sido alegados o propuestos por los distintos sujetos procesales, tales como, a título ilustrativo, se encuentran a) la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida; b) la existencia de una falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva–; c) la ineptitud sustantiva de la demanda; la nulidad de un acto administrativo por falta de competencia y d) la exigencia previa de existencia del contrato para el ejercicio de la acción contractual, aspectos éstos que, sumados a la existencia de una causa extraña como excluyente de imputación, deben definirse dentro del proceso judicial.

CONTRATO ESTATAL – Competencia

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes. De otra parte, la Ley 1107, expedida el 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas. [...] La Sala, de manera reiterada, ha sostenido que la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarán sometidas las entidades estatales, puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82 la expresión “controversias y litigios administrativos” para reemplazarla por la frase “controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, decidió incluir a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate [contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual], de tal suerte que se adoptó un criterio legal predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, con lo cual se dejó atrás el criterio material u objetivo que permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no. Pues bien, para la Sala no existe el menor asomo de duda acerca de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, dado que la parte convocada es una entidad territorial.

MINISTERIO PÚBLICO – Competencia – Potestad para interponer recursos

En cuanto a las potestades que le asisten al Procurador General de la Nación, a sus Delegados y/o a sus Agentes en relación con la participación en los procesos judiciales en los cuales intervienen, se advierte que en efecto a través de providencia de 27 de septiembre de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su Jurisprudencia en punto al aludido tema y mediante dicha decisión, lejos de restarle significado e importancia a la función de intervención de la Procuraduría General de la Nación dentro de los procesos judiciales, se destacó tal actividad en el sentido de considerar, precisamente, que se trata «... de un sujeto procesal que con total independencia y autonomía de las partes defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos» [se destaca], lo cual permite incluso predicar que el Procurador Judicial que mediante su concepto señaló que en el caso sometido a consideración de los Árbitros existía una causal eximente de responsabilidad contaba con la potestad para ello. Y es que el hecho de que se predique, como lo hizo la Sala en la citada providencia de Unificación Jurisprudencial, que el Ministerio Público no puede desplazar «... injustificadamente a las partes en relación con sus cargas, deberes y obligaciones dentro de la actuación procesal», claramente apunta a cuestiones en las cuales dicho ente de control se atribuye un interés distinto a aquel que le asiste de conformidad con la ley para actuar en los procesos judiciales, como por ejemplo cuando interpone un recurso contra una providencia que claramente pudo recurrirla la parte respectiva y que no afecta el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Al analizar en su integridad el contenido del laudo arbitral censurado, se

puede establecer, con claridad meridiana, que antes de que el Tribunal de Arbitramento se ocupara de estudiar, mediante un acápite final e independiente a los demás, el concepto del Procurador Judicial, la litis ya había sido definida en forma previa por los árbitros, quienes antes de abordar dicho concepto habían expuesto las razones por las cuales consideraban que la pretensión principal, encaminada a lograr la declaratoria del incumplimiento contractual, no estaba llamada a prosperar, porque a juicio del propio Tribunal no existía responsabilidad patrimonial del ente contratante.

LAUDO ARBITRAL – Recurso de anulación – Causales

La Jurisprudencia reiterada de la Sala ha predicado, respecto de la aludida causal, que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley; ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando así el principio de congruencia la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desestimado imputaciones o señalamientos –no determinados por las partes desde el inicio de la litis– que mediante el recurso de apelación se han pretendido introducir, por cuanto ello, y así lo ha considerado de manera categórica la Sala, implicaría una clara vulneración del derecho de defensa de la contraparte, amén de que así se garantiza el principio de congruencia de la sentencia, postulado que precisamente dice relación con la causal de anulación invocada por la parte convocante. De allí pues, que la Sala haya considerado, tal como se dejó expuesto anteriormente, que la causal de anulación de laudos arbitrables que aquí se examina pueda configurarse si el laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en in consonante o incongruente”. Al descender al caso concreto en examen, la Subsección estima que dentro del proceso arbitral que dio lugar a la expedición del Laudo censurado, los Árbitros no acogieron, porque no se introdujo a la controversia, un aspecto ajeno a la litis, toda vez que el tema relacionado con la existencia de una causa extraña en un proceso judicial encaminado a determinar la alegada responsabilidad –extracontractual o contractual– de la Administración, constituye un tema inescindible al núcleo mismo de la controversia planteada.

LAUDO ARBITRAL – Recurso de anulación – Eximentes de responsabilidad del Estado

La Sala reitera que la fuerza mayor, en cuya virtud los Árbitros arribaron a la conclusión de que no le asistía responsabilidad contractual a la parte convocada, consistió en un aspecto inherente, propio del debate jurídico procesal que le fue propuesto a la Justicia Arbitral, por cuanto el estudio de causas extrañas «... convoca al análisis de la eventual inexistencia de uno de los elementos de la responsabilidad como es el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la administración y el daño alegado. A lo anterior se adiciona que a propósito de las causales eximentes de responsabilidad, la Sala avanzó en su Jurisprudencia en el sentido de precisar que más allá de romper el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño deprecado, la causa extraña excluye la imputación en contra del Estado. Como quiera que la existencia de una causa extraña impide estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque a través de ella se imposibilitó la configuración del exigido nexo de causalidad, pero además –con contundencia mayor– porque las causales “eximentes de responsabilidad» se erigen en realidad como excluyentes de imputación en cabeza de la entidad pública demandada, resulta libre de cualquier duda que el juez de conocimiento, en este caso los Árbitros, podían y debían establecer, como en efecto lo hicieron, si le asistía responsabilidad patrimonial y contractual a la parte convocada, labor que, se insiste en ello, comportaba la determinación del alegado nexo de causalidad y si al avanzar en ese análisis verificaron la imposibilidad de su estructuración por razón o en atención a la presencia de una causa extraña –como lo es la fuerza mayor– obligatoriamente así debían ponerlo de presente como parte elemental de la fundamentación de su negativa a acoger las pretensiones de la demanda, independientemente de que ese asunto hubiere sido, o no, alegado por la demandada en su defensa o propuesto por el Ministerio Público.

LAUDO ARBITRAL – Facultades del Árbitro– Oficiosa – Falta de Competencia

A propósito de lo que se ha dejado expuesto acerca del deber en el cual se encontraban los Árbitros para declarar la configuración de una causa extraña dentro del proceso por ellos conocido una vez verificada, no obstante que su existencia no hubiere sido propuesta por una de las partes,

conviene destacar diversos pronunciamientos de la Sala, a través de los cuales se ha determinado sobre la facultad que le asiste al juez de conocimiento para abordar el estudio de temas que, dada su importancia, deben abordarse y establecerse, pese a que no hayan sido propuestos a lo largo del proceso. En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al unificar su Jurisprudencia en punto a la competencia del Juez ad quem con ocasión del recurso de apelación la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que en aquellos casos en los cuales el juez advierta la falta de competencia como vicio de validez de un determinado acto administrativo, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.

LAUDO ARBITRAL – Principio de Congruencia

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de congruencia de los fallos judiciales, el cual encuentra consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto-ley 2289 de 1989, en cuya virtud «La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley», mandato legal que impone al juez de la causa, la concordancia del fallo para con las pretensiones y los hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada. El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que las facultades de ese juez especial y transitorio devienen de la voluntad de las partes materializada en el pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, facultades que deben ejercerse con estricto apego a las restricciones convenidas por las partes. La incongruencia puede presentarse de tres formas: i) cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido [extra petita] y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido [citra petita]. La Jurisprudencia de la Sala ha considerado que la causal invocada se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos. También ha precisado la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado [citra petita] y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador.

LAUDO ARBITRAL – Naturaleza

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias: i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo, que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores in iudicando, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial [falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea], ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos. iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra, en consecuencia, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir

causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación. v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.” vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley (artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998).

LAUDO ARBITRAL– Causales – Interpretación prejudicial

En este contexto resulta claro que las causales de anulación que pueden invocarse contra laudos arbitrales pronunciados para resolver las controversias que se susciten en relación con contratos celebrados por Entidades Estatales, independientemente del régimen jurídico que los gobierne [régimen de Derecho Privado o el Estatuto Contractual del Estado] son las previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

Resulta importante señalar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –TJCA– ha sostenido que con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal de Arbitramento, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino. Por consiguiente, al catálogo taxativo de causales legales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo.

LAUDO ARBITRAL – Normatividad

Para la fecha de la presente decisión se encuentra vigente el nuevo Estatuto de Arbitraje –Ley 1563 de julio 12 de 2012 –, sin embargo, bueno es precisar, dicha normativa no resulta aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que tanto el proceso arbitral y la consiguiente expedición de laudo arbitral, como la impugnación que aquí se resuelve se surtió y se interpuso, respectivamente, antes de la expedición del referido Estatuto, por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el Decreto 1818 de 1998, compilatorio, entre otras, de las normas legales sobre arbitramento. A lo anterior se adiciona que en forma reciente y con fines de unificación de su Jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarán rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque sean formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resulta aplicable la mencionada Ley 1563.

LAUDO ARBITRAL – Competencia Sección Tercera Consejo de Estado.

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo – modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 – y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de

anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., octubre treinta (30) de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00071-00(45557)

Actor: FRANCISCO E. ARISTIZÁBAL GOMEZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE PASTO Y OTRO

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 12 de septiembre de 2012 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre los señores Francisco Emilio Aristizábal Gómez, Carlos Hernando Peñaloza Estupiñán y la sociedad Peldaños y Construcciones S.A., integrantes del Consorcio Peldaños y Construcciones S.A., de un lado, y el Municipio de San Juan de Pasto y la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS–, del otro.

Dentro de la decisión arbitral impugnada se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. Por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia, se declara probada la excepción de fuerza mayor propuesta por el Ministerio Público sustentada en los alegatos de conclusión¹.

SEGUNDO. Se declara no probado el incumplimiento del Municipio de Pasto, en los términos planteados por la parte convocante.

¹ Este numeral fue objeto de aclaración posterior y su contenido se modificó, aspecto sobre el cual se volverá más adelante.

TERCERO. Por cuanto no se declara la prosperidad de la primera pretensión de la demanda, no es procedente acceder a las demás [pretensiones] propuestas respecto de la terminación, liquidación, la no recuperación de los costos y gastos ejecutados, pago de daños materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, aplicación de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., por cuanto se propusieron como consecuenciales de la primera pretensión. En cuanto a Costas, sin lugar a regularse de acuerdo a la parte motiva, para ninguna de las partes intervinientes.

CUARTO. Declarar no probada la excepción propuesta por el Municipio de Pasto, de: 1. Nulidad del Acto de constitución de ASMEPAS - escritura pública No. 934 de 1999, modificada por las escrituras 140 y 778 del año 2000, suscritas por el municipio de Pasto y consorcio promotor PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES, que conlleva la inexistencia del contrato de asociación.

QUINTO. Se declara no probada la excepción propuesta por el Municipio de Pasto de falta de legitimación por activa.

SEXTO. Se declara no probada la excepción propuesta por el Municipio de Pasto de falta de legitimación por pasiva.

SEPTIMO. Se declara no probada la excepción propuesta por el Municipio de Pasto de Improcedencia de la Terminación y Liquidación en Sede Judicial, por estar vigente el vínculo entre los demandantes.

OCTAVO. Se declara no probada la excepción propuesta por el Municipio de Pasto de pleito pendiente entre las mismas partes.

NOVENO. Se declara no probada la excepción propuesta por la Asociación Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– de Improcedencia de la Acción Contractual.

DECIMO. Se declara no probada la excepción propuesta por la Asociación Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– de Improcedencia de falta de Competencia.

DECIMO PRIMERO. Se declara no probada la excepción propuesta por la Asociación Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– de Improcedencia de la Terminación y Liquidación en Sede Judicial.

DECIMO SEGUNDO. Se declara no probada la excepción propuesta por la Asociación Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– y el Ministerio Público, de Improcedencia de Caducidad de la Acción Contractual.

DECIMO TERCERO. No prospera la objeción por error grave del dictamen pericial de la perito Ana Lucía Coral.

DECIMO CUARTO. PROCÉDASE por Secretaría a expedir copias auténticas del presente laudo con destino a la parte convocante y convocadas, el Ministerio Público y el centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Pasto.

“...(...)...”. (fls. 153 y 154 c ppal).

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda arbitral.

El señor Francisco E. Aristizábal Gómez, quien actúa en nombre propio y como cesionario de los derechos del señor Hernando Peñalosa Estupiñán y de la empresa Peldaños y Construcciones S.A., integrantes del Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones; el señor Alceris Arturo Ramírez, cesionario del 10% de los derechos del señor Francisco E. Aristizábal Gómez, también integrante del aludido consorcio, por intermedio de apoderado, presentaron demanda arbitral en contra del Municipio de San Juan de Pasto ante la Cámara de Comercio de dicho Municipio, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (fls. 95 a 136 c 4):

“5.1. Que se declare que el Municipio de Pasto incumplió el contrato celebrado con el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones al no cumplir los requerimientos de la licencia ambiental en los términos del fallo AP No. 166 de junio 7/01 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

5.2. Como consecuencia se declare terminado el contrato estatal contenido en la escritura pública No. 934 de noviembre 13 de 1999 de la Notaría Primera del Círculo de Pasto.

5.3. Que se declare que como consecuencia de las acciones y omisiones del Municipio de Pasto, el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y/o sus integrantes no pudieron recuperar ninguno de los gastos y costos ejecutados, generándole un daño antijurídico concretándose en un daño emergente y en un lucro.

5.4. Como consecuencia de lo anterior, se condene al Municipio de Pasto a reconocer y pagar los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante que se prueben en el proceso a favor de mis mandantes: FRANCISCO E ARISTIZABAL GOMEZ, el 90% de la participación como integrante del Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y al Sr. ALCERIS ARTURO RAMIREZ, en un 10% de la participación como cesionario de derechos del primero.

5.5. Que se condene al Municipio de Pasto a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y que se reconozca[n] los intereses de que trata el artículo 177 ibídem, inciso final, desde el momento de la ejecutoria del fallo art. 178 del C.C.A.

5.6. Como consecuencia se condene al Municipio de Pasto a pagar las costas y gastos del proceso”.

2.- Los hechos.

La parte convocante, en síntesis, señaló que:

El Concejo Municipal de San Juan de Pasto autorizó, mediante sendos Acuerdos, al Alcalde municipal para adelantar los trámites para las contrataciones de los

juegos nacionales en el año 2000, para obtener recursos de crédito para financiar las obras respectivas y para constituir un ente administrativo o mixto para la construcción de un estadio.

Mediante Resolución 1160 de 1999, el Municipio de San Juan de Pasto abrió la convocatoria pública No. 002-99 para la integración de una persona jurídica de carácter asociativo para la ejecución del mencionado estadio.

Se creó la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio, ASMEPAS, la cual contó con autorización para disponer de recursos oficiales con el fin de ejecutar la obra.

La Corporación Autónoma Regional de Nariño le otorgó a la Administración Municipal la licencia ambiental para el proyecto denominado Unidad Deportiva, Recreativa y Ambiental.

Por su parte, la Dirección de Planeación Municipal concedió la licencia de construcción al Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones para el Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio.

El día 24 de junio de 2000 se suscribió el acta de inicio de las obras, para cuyo efecto el consorcio contratista debió celebrar diversos negocios jurídicos con el fin de ejecutar la obra y cumplir con sus obligaciones contractuales.

A través de un fallo que profirió la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de un proceso promovido en ejercicio de la acción popular, se le ordenó al Municipio de San Juan de Pasto suspender la construcción del mencionado estadio porque, entre otras razones, el proyecto no cumplía con las exigencias previstas en la licencia ambiental, decisión que conoció el consorcio contratista mediante un oficio calendado en agosto 10 de 2001, por medio del cual la Administración Local le solicitó suspender la ejecución del contrato.

El Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones nunca conoció del ejercicio de una acción popular para obtener la suspensión de la ejecución del contrato, pues el Municipio de San Juan de Pasto nada le expresó al respecto y sólo lo hizo cuando debió acatar la orden impartida por el Consejo de Estado.

Con ocasión del cese de las obras, el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones sufrió un daño antijurídico, el cual debe reconocerse e indemnizarse por parte del ente territorial convocado, toda vez que éste no cumplió con el trámite de la licencia ambiental.

La parte convocante presentó demanda contractual ante el Tribunal Administrativo de Nariño y éste, mediante sentencia, declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y de competencia porque la controversia debía dirimirla un Tribunal de Arbitramento, para lo cual dio un plazo de 1 mes para su respectiva integración.

La anterior decisión fue apelada y la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia de 12 de mayo de 2010, declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ante la existencia de cláusula compromisoria, para cuyo efecto se dispuso remitir el expediente a la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto con el propósito de que la parte convocante presentara la correspondiente petición de integración del respectivo Tribunal de Arbitramento.

3.- Adición a la demanda arbitral.

A través de escrito que se recibió en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto, el día 26 de noviembre de 2010 (fl. 1 c 5), la parte convocante adicionó el libelo introductorio para incorporar unas consideraciones acerca de las irregularidades en las cuales habría incurrido su contraparte dentro del trámite de la licencia de construcción y de la licencia ambiental, todo ello con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado proferida en el año 2001 dentro de una acción popular (fls. 4 a 19 c 5).

4.- Memorial denominado “INTEGRACION DE LAS PRETENSIONES”.

En un nuevo escrito, fechado el 20 de enero de 2011 –pero que carece de nota de presentación y de recibido ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto–, la parte convocante “integró” las pretensiones de la demanda arbitral en el siguiente sentido:

*“5.1. Que se declare que el **Municipio de Pasto incumplió** el contrato celebrado con el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones al no cumplir los requerimientos de la licencia ambiental en los términos del fallo AP No. 166 de junio 7/01 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*5.2. Como consecuencia se declare **terminado y liquidado** el contrato estatal contenido en la escritura pública No. 934 de noviembre 13 de 1999 de la Notaría Primera del Círculo de Pasto y sus escrituras modificatorias.*

5.3. Que se declare que como consecuencia de las acciones y omisiones del Municipio de Pasto, el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y/o sus integrantes no pudieron recuperar ninguno de los gastos y costos ejecutados, generándole un daño antijurídico concretándose en un daño emergente y en un lucro.

*5.4. Como consecuencia de lo anterior, se condene al Municipio de Pasto a reconocer y pagar los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante que se prueben en el proceso a favor de mis mandantes: **FRANCISCO E ARISTIZABAL GOMEZ**, el 90% de la participación como integrante del Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y al Sr. **ALCERIS ARTURO RAMIREZ**, en un 10% de la participación como cesionario de derechos del primero.*

5.5. Que se condene al Municipio de Pasto a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y que se reconozca[ñ] los intereses de que trata el artículo 177 ibídem, inciso final, desde el momento de la ejecutoria del fallo art. 178 del C.C.A.

5.6. Como consecuencia se condene al Municipio de Pasto a pagar las costas y gastos del proceso”. (Negrillas del original, subrayas adicionales²).

5.- Reforma de la demanda arbitral.

Posteriormente, a través de escrito que se radicó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto el día 18 de marzo de 2011 (fl. 73 c 7), la parte convocante reformó la demanda “... en **cuanto a los convocantes**, (se incluyen los miembros originales del **CONSORCIO PROMOTOR PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES**) y la eliminación de la prueba pericial **10.3.1** y **10.3.2**”. (Negrillas del original) – (fl. 13 c 7).

En ese sentido, se señalaron como personas que integran la parte convocante las siguientes:

Francisco Emilio Aristizábal Gómez: 30%;

Carlos Hernando Peñalosa Estupiñán: 60%, y

Peldaños y Construcciones S.A.: 10%.

² Lo subrayado corresponde a aspectos adicionales a las pretensiones iniciales.

Por manera que la pretensión número 5.4., se modificó así:

“5.4. Como consecuencia de lo anterior, se condene al Municipio de Pasto a reconocer y pagar los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante que se prueben en el proceso a favor de mis mandantes en las siguientes proporciones:

- *CARLOS HERNANDO PEÑALOSA ESTUPIÑAN el 30%.*
- *PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES S.A. el 60%.*
- *FRANCISCO EMILIO ARISTIZABAL GOMEZ, el 10%.”.* (Negrillas del original).

6.- Auto que dispuso corregir la reforma de la demanda arbitral instaurada.

Mediante proveído de 29 de abril de 2011, el Tribunal de Arbitramento inadmitió la reforma de la demanda arbitral presentada, toda vez que no se precisó con claridad cuáles eran las pretensiones respecto de la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS–; porque además, se advirtió que en dos de los poderes otorgados no se encontraba la facultad de convocar a la referida asociación; se inadmitió también porque no se allegó la prueba de la representación legal de ASMEPAS y finalmente porque no se adjuntaron unos documentos relacionados con los contratos de cesión de derechos entre quienes integran la parte convocante (fls. 28 a 31 c 2 de las actas del Tribunal de Arbitramento).

7.- Corrección de la demanda arbitral.

Por medio de escrito que se presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto el día 5 de mayo de 2011 (fl. 1 c 9), la parte convocante corrigió la reforma de su demanda arbitral, cuyas pretensiones quedaron así:

*“5.1. Que se declare que el **Municipio de Pasto incumplió** el contrato celebrado con el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones al no cumplir los requerimientos de la licencia ambiental en los términos del fallo AP No. 166 de junio 7/01 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*5.2. Como consecuencia se declare **terminado y liquidado** el contrato estatal contenido en la escritura pública No. 934 de noviembre 13 de 1999 de la Notaría Primera del Círculo de Pasto y sus escrituras modificatorias, suscritas entre el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y la ASOCIACION NUEVO ESTADIO PASTUSIDAD TERCER MILENO –ASMEPAS–.*

5.3. Que se declare que como consecuencia de las acciones y omisiones del Municipio de Pasto, el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones y/o sus integrantes no pudieron recuperar ninguno de los gastos y costos ejecutados, generándole un daño antijurídico concretándose en un daño emergente y en un lucro.

5.4. Como consecuencia de lo anterior, se condene al Municipio de Pasto a reconocer y pagar los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante que se prueben en el proceso a favor de mis mandantes en las siguientes proporciones:

- CARLOS HERNANDO PEÑALOSA ESTUPIÑAN el **30%**.
- PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES S.A. el **60%**.
- FRANCISCO EMILIO ARISTIZABAL GOMEZ, el **10%**.

5.5. Que se condene al Municipio de Pasto a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y que se reconozca[n] los intereses de que trata el artículo 177 *ibídem*, inciso final, desde el momento de la ejecutoria del fallo art. 178 del C.C.A.

5.6. Como consecuencia se condene al Municipio de Pasto a pagar las costas y gastos del proceso". (Negrillas del original, subrayas adicionales³) – (c 9).

De otro lado, la parte convocante señaló que allegaba la documentación requerida por los Árbitros.

8.- La cláusula compromisoria.

En el artículo trigésimo quinto del contrato celebrado para la construcción del estadio de fútbol para el Municipio de San Juan de Pasto, las partes pactaron la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“CAPITULO XV. ARBITRAMENTO. ARTICULO TRIGESIMO QUINTO: Las diferencias que ocurran entre los asociados o entre éstos y la sociedad con ocasión del contrato social en cualquier tiempo serán sometidos a la decisión del Tribunal de Arbitramento nombrado por la Cámara de Comercio de Pasto”. (fl. 36 vto. c 1 de la constitución del Tribunal de Arbitramento).

9.- Integración del Tribunal de Arbitramento.

El día 15 de diciembre de 2010 se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso: **i)** declarar instalado el Tribunal de Arbitramento; **ii)** se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto; **iii)** se dispuso comunicar al Ministerio Público sobre el inicio del proceso arbitral y **iv)** se les reconoció personería a los apoderados de las partes (fls. 71 y 72 c 1 de la constitución del Tribunal de Arbitramento).

10.- Admisión de la demanda arbitral.

³ Lo subrayado corresponde a aspectos adicionales a las pretensiones iniciales.

A través de auto de fecha 21 de enero de 2011, el Tribunal de Arbitramento admitió la demanda, junto con su adición e integración de la misma y dispuso su consiguiente traslado a la parte convocada (fls. 2 a 4 c 2, actas).

11.- La oposición.

El Municipio de San Juan de Pasto, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda (fls. 6 a 53 c 8) y se refirió, en primer lugar, a los hechos expuestos en el libelo demandatorio, para cuyo efecto procedió a llevar a cabo una reseña del procedimiento administrativo que precedió a la suscripción del contrato, así como a su ejecución y a la posterior decisión de suspender las obras, en acatamiento a una sentencia proferida por el Consejo de Estado que así lo dispuso, para lo cual transcribió el contenido de tal decisión judicial.

Posteriormente, en un acápite que se denominó “*FUNDAMENTOS DE DERECHO Y MOTIVACION*”, la parte convocada se refirió al marco jurídico y procedimental que le permitió llevar a cabo la celebración del contrato materia de controversia y la manera en que éste se desarrollaría y no obstante que la entidad, al inicio del referido capítulo, señaló que “... *las razones de defensa de la Entidad que represento, serán las que se expongan en el momento oportuno con el alegato de conclusión, una vez se hayan decretado y practicado las pruebas solicitadas por las partes procesales*” (fl. 24 c 8), lo cierto es que se refirió al fallo que se dictó el Consejo de Estado dentro de la respectiva acción popular, para concluir que:

“Del texto correspondiente a la parte considerativa del fallo de segunda instancia de la Acción Popular, se puede determinar que en ningún momento determinó la existencia de un daño antijurídico en contra del Consorcio y/o sus integrantes, que debería ser reparado por el Municipio de Pasto.

El Consejo de Estado consideró la existencia de irregularidades en el trámite de obtención de la licencia ambiental, dándoles un alcance frente a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos de la Administración Municipal, y fue por ello que dio traslado a la Procuraduría General de la Nación, pero en ningún momento concluyó para su decisión de suspender el proyecto, en situación jurídica de una ratio decidendi, este hecho; y menos consideró esta Alta Corte, que esas irregularidades ocasionaron lesión o daño antijurídico alguno al Consorcio.

Este fallo de segunda instancia del Consejo de Estado en la Acción Popular, no puede tomarse como plena prueba para determinar la existencia de una responsabilidad en contra del Municipio, en su condición de Asociado, se debe entrar a determinar en forma estricta las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la presente demanda, bajo los principios de contradicción, debido proceso, seguridad y certeza jurídicas.

Ahora bien, este planteamiento de la demanda al ser revisada íntegramente, busca determinar que el trámite de la licencia ambiental, fue [el] que dio origen a un presunto incumplimiento por parte del Municipio de Pasto, que en consideración de los Convocantes es causa directa de la Entidad Pública, porque en ella estaba la obligación de la consecución de la licencia ambiental. Pero esta interpretación es ajena al contexto de la convocatoria que llevó a la constitución del Ente Asociativo, porque en sus términos de referencia no se prevé esta obligación y aún más no se prevé en el acuerdo previo a la suscripción de la Escritura Pública". (fl. 42 c 8).

Finalmente, el Municipio de San Juan de Pasto formuló las siguientes excepciones:

- **“EXISTENCIA DE NULIDAD DEL ACTO DE CONSTITUCION DE LA ASOCIACION NUEVO ESTADIO PASTUSIDAD TERCER MILENIO – ASMEPAS, ESCRITURA PUBLICA No. 934 DE 1999 MODIFICADA POR LAS ESCRITURAS 140 Y 778 DEL AÑO 2000, SUSCRITAS POR EL MUNICIPIO DE PASTO Y EL CONSORCIO PROMOTOR PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES, QUE CONLLEVA LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE ASOCIACION”.**

A juicio de la parte convocada, se transgredió el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, porque esta disposición sólo le permite a la entidades públicas asociarse con personas jurídicas particulares y los consorcios no tienen personalidad jurídica, por manera que estos últimos no pueden formar asociaciones.

En ese sentido, el ente territorial convocado señaló:

“Dentro del anterior contexto fáctico jurídico, podemos considerar respetuosamente, que el convenio de constitución del Ente Asociativo, que se protocolizado (sic) en la Notaría Primera del Círculo de Pasto, el día 13 de diciembre del año 1999, en que se suscribió la Escritura Pública No. 934, por parte del Municipio de Pasto y el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones, es ilegal. Ilegalidad que lo tornaría nulo, por haberse celebrado contra expresa prohibición legal, toda vez que únicamente se permitía realizar esta clase de asociaciones con personas jurídicas particulares, y los consorcios no ostentan tal condición”.

Sustentó la aludida nulidad, tanto en el mencionado artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como en los artículos 6, 1502, 1523 y 1740 del Código Civil, en concordancia con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Concluyó, por lo tanto, que al ser nulo el convenio previsto en la escritura pública No. 934 de 1999, éste no resultaba vinculante para la Administración Municipal, de conformidad con lo normado en el artículo 1602 del Código Civil.

- Falta de legitimación en la causa por activa: alegó la entidad demandada que el señor Alceriz Arturo Ramírez no cuenta con capacidad para ser parte en el proceso arbitral, dado que la cesión que se produjo a favor de éste (10%) por parte del también accionante Francisco Emilio Aristizábal Gómez no fue autorizada por el Municipio de San Juan de Pasto.

Y añadió:

“Respecto de los demás miembros del Consorcio únicamente pueden actuar como miembros y/o integrantes del Consorcio, dentro del porcentaje de responsabilidad, establecido en el documento constitutivo del Consorcio, aceptado por la Alcaldía del Municipio de Pasto, dentro del proceso de convocatoria y en el momento de suscripción del acto de constitución de Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio – ASMPEAS.

Es decir, el señor Francisco Emilio Aristizábal Gómez, sólo puede actuar dentro de su porcentaje de participación dentro del Consorcio, y no puede actuar ni en nombre y ni (sic) como cedente de otro consorciado, frente a lo cual carecería de legitimación en causa”.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva:

Indicó que el Municipio de San Juan de Pasto tiene la calidad de integrante de la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– y que de acuerdo con lo dispuesto en el acto de constitución de dicha asociación, se puede establecer lo siguiente:

- Que la naturaleza jurídica de ASMEPAS se rige por las normas del Código Civil previstas frente a las asociaciones civiles de utilidad común sin ánimo de lucro;
- Que ASMEPAS es una persona jurídica que cuenta con independencia administrativa, financiera y presupuestal; que además cuenta con capacidad administrativa y financiera y con un régimen de control propio bajo la dirección de la revisoría fiscal.
- Que el régimen jurídico de ASMEPAS está previsto en sus estatutos, consagrados en la Escritura Pública 934 de 1999;
- Que el Municipio de San Juan de Pasto, de igual manera que el consorcio, actúa como asociado “... y es en esa condición que debe ser tratado en todas las acciones que se adelanten por los actos propios del objeto de la ‘Asociación

Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio – ASMEPAS’. En donde se predica una responsabilidad compartida de los socios frente a los actos societarios”.

➤ Falta de competencia:

Adujo que el Tribunal de Arbitramento no contaba con la competencia para conocer de la controversia que le fue planteada porque todavía no se había surtido el procedimiento administrativo interno de disolución y liquidación de ASMEPAS, tal como se previó tanto en la escritura pública de constitución de dicha asociación como en los términos de referencia para la convocatoria No. 002 de 1999.

➤ **“IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LA ASOCIACIÓN NUEVO ESTADIO PASTUSIDAD TERCER MILENIO – ASMEPAS POR AUN PERMANECER VIGENTE EL VINCULO ENTRE LOS CONTRATANTES”.**

Esta ‘excepción’ se fundamentó en lo siguiente:

“Así las cosas al margen de la nulidad que afecta el contrato societario, a partir de las estipulaciones previstas en el Documento de Constitución de la Asociación, Escritura Pública No. 934 de 1999, no es posible deducir de modo alguno de que (sic) su suscripción se deriva para el Municipio de Pasto la obligación de reconocer los perjuicios solicitados en la presente acción, toda vez que en gracia de discusión se hace necesario realizar el trámite administrativo de disolución y liquidación de la Asociación, según lo acordado en los Estatutos previstos en la escritura pública No. 934 de 1999, porque la Asociación, aún se encuentra vigente.

En tanto no se adelante el trámite administrativo de disolución y liquidación del ente asociativo, no es procedente acudir a la justicia arbitral”.

➤ Excepción innominada.

12.- Contestación a la reforma de la demanda (fls. 1 a 47 c 10).

El ente territorial convocado reiteró lo expuesto en su contestación –inicial– a la demanda arbitral, pero en punto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa señaló:

“En la contestación de demanda, esta Defensa propuso la excepción de falta de legitimación en causa por activa, frente al Convocante señor ALCERIZ ARTURO RAMIREZ, por no estar acreditado protocolariamente ante la Administración Municipal, mediante un instrumento jurídico que lo haya aceptado como miembro del Consorcio. Acreditación que no debe ser ante el Ente Asociativo.

Al parecer en la reforma de demanda se retira al señor ALCERIZ ARTURO RAMIREZ, del proceso, es importante definir procesalmente si ese retiro es viable, con la sola presentación de otras personas demandantes, o se puede entender como un desistimiento, que da lugar a condena en costas, o se pueda entender que continúa vinculado al proceso”. (fl. 40 c 10).

También introdujo la excepción de pleito pendiente, porque:

*“Se ha instaurado demanda de simple nulidad ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en contra del **ACTO DE CONSTITUCION DE LA ASOCIACION NUEVO ESTADIO PASTUSIDAD TERCER MILENIO – ASMEPAS, contenido en la ESCRITURA PUBLICA No. 934 DE 1999 MODIFICADA POR LAS ESCRITURAS 140 Y 778 DEL AÑO 2000, SUSCRITAS POR EL MUNICIPIO DE PASTO Y EL ‘CONSORCIO PROMOTOR PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES’, buscando se decrete la nulidad que conlleve LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE ASOCIACION”.** (Énfasis del original).*

13.- Oposición a las excepciones propuestas (fls. 1 a 28 c 11).

En escrito allegado el día 1° de marzo de 2011, la parte convocante se pronunció en relación con las excepciones propuestas por su contraparte y, en forma previa, llevó a cabo unas consideraciones acerca de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes; el contrato estatal y las normas que lo gobiernan; finalmente se refirió a los requisitos de validez de los contratos.

En relación con la primera de ellas señaló, en síntesis, que no existe nulidad alguna que vicie el contrato celebrado, por cuanto “... *el denominado contrato de asociación es en realidad un contrato de obra pública que estuvo precedido de actos precontractuales como la CONVOCATORIA PUBLICA*” y ese último contrato puede celebrarlo una entidad estatal, de conformidad con lo normado en la Ley 80 de 1993.

Respecto de la alegada falta de legitimación en la causa por activa, la parte convocante señaló que las cesiones que se efectuaron entre unos de los integrantes del consorcio contratista fueron aceptadas por el representante legal de ASMEPAS y agregó que la suspensión de la ejecución del contrato devino de actos atribuibles al Municipio de San Juan de Pasto, “... *por lo tanto resulta ilógico que la convocada exprese que hay una responsabilidad compartida frente a los actos societarios*”.

Frente a la supuesta incompetencia del Tribunal de Arbitramento, la parte convocante hizo alusión a la autonomía de la cláusula compromisoria, para

sostener que la determinación de acudir a la Justicia Arbitral fue consecuencia de las decisiones adoptadas por el propio Consejo de Estado, pues señaló que inicialmente se acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero en ella se declaró la nulidad de lo actuado y se dispuso la remisión del asunto a un Tribunal de Arbitramento.

Y en cuanto a la excepción que se propuso en el sentido de que la terminación y liquidación del contrato no puede realizarse en sede judicial porque no se habría adelantado el trámite de disolución y liquidación del ente asociativo, el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones sostuvo que *“... las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuesto de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral”*.

14.- La parte convocada, a su vez, se opuso a las consideraciones expuestas por su contraparte en punto de las excepciones propuestas e insistió en su configuración (fls. 31 a 53 c 11).

15.- Contestación a la demanda arbitral por parte de ASMEPAS.

ASMEPAS señaló: *“Por razones de economía procesal manifiesto que coadyuvo los argumentos jurídicos expuestos por la apoderada del Municipio de Pasto al contestar la demanda”*.

Agregó que el contrato celebrado por las partes no se rige por el Estatuto de Contratación Estatal y que la acción ejercida resulta inviable porque, como lo señaló el Municipio convocado, la sociedad no se ha disuelto, ni liquidado.

Propuso como excepciones las siguientes:

i) Improcedencia de la acción contractual: porque al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, esto es una asociación de carácter civil, el contrato celebrado es atípico, el cual se gobierna por las normas comerciales.

ii) Falta de competencia e improcedencia de la terminación y liquidación judicial del contrato: pues insistió en que no se surtió, en forma previa, el trámite de disolución y liquidación de la asociación.

iii) Caducidad de la acción contractual: comoquiera que el fallo del Consejo de Estado que suspendió la ejecución del contrato quedó en firme el día 28 de junio de 2001, es decir que transcurrieron más de 10 años y la acción contractual sólo tiene un plazo de 2 años (fls. 1 a 5 c 12).

16.- La decisión arbitral recurrida.

El Tribunal de Arbitramento, el día 21 de septiembre de 2012, dictó el laudo arbitral materia del recurso extraordinario de anulación que aquí se resuelve.

Dentro de dicha decisión se llevó a cabo una reseña del trámite arbitral; de los hechos y de las pretensiones expuestas en la demanda; de las contestaciones de la misma y de las excepciones propuestas; se relacionó el acervo probatorio que integró el proceso y de las alegaciones finales efectuadas por las partes (fls. 1 a 88 c ppal).

En el acápite correspondiente a las consideraciones del Tribunal de Arbitramento, se partió de la argumentación relacionada con la naturaleza jurídica del arbitramento y, de esa manera, determinó la competencia de los Árbitros para resolver el asunto, para cuyo efecto llevó a cabo una reseña del procedimiento administrativo que precedió la suscripción del contrato materia de controversia, del marco jurídico que fundamentó dicho contrato y de la decisión final del Consejo de Estado que suspendió la ejecución de la obra contratada.

Luego de todo ello, el Tribunal de Arbitramento concluyó que el contrato celebrado es de naturaleza estatal porque una de sus partes es una entidad pública, aspecto que llevo a los árbitros a analizar el término de caducidad de la acción, el cual, en gran síntesis, fue resuelto por el Tribunal de Arbitramento, con base en lo resuelto por el Consejo de Estado en el auto de 12 de mayo de 2010, por medio del cual se declaró la nulidad de todo lo actuado ante la Justicia de lo Contencioso Administrativo por la existencia de cláusula compromisoria, en cuya virtud se dispuso remitir el expediente a la Cámara de Comercio de San Juan de Pasto y *“... para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción”*.

A juicio del Tribunal de Arbitramento, *“Desconocer la fecha indicada por el Consejo de Estado, podría rayar con un incumplimiento o fraude a resolución judicial, motivo por el cual, se acoge como lo dice la providencia: para todos los efectos. En consideración al análisis antes realizado, no prospera la acción (sic) de caducidad”*. (fl. 115 c ppal).

En relación con la nulidad contractual que alegó la parte convocada, los árbitros sostuvieron:

“La nulidad alegada por el Municipio de Pasto, consiste en que según la ley 489 de 1.998, las entidades estatales podrán asociarse con personas jurídicas particulares y que no se cumplió con este requisito, motivo por el cual la nulidad alegada tiene que ver con la calidad de las personas.

“Si el argumentado (sic) es que no se podía contratar sino con personas jurídicas y el consorcio no es una persona jurídica, la nulidad alegada tiene que ver con la calidad de las personas que contratan o acuerdan, nulidad que puede enmarcarse como relativa.

“.....

“Ahora bien la ley 489 de 1.998, facultó a la (sic) entes municipales para contratar con personas jurídicas y ha dicho el municipio que el consorcio no es persona jurídica. Si bien es cierto que el consorcio no es persona jurídica, está claro en la escritura 934 que el consorcio fue conformado entre otras personas por PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES S.A. No cabe duda que las sociedades anónimas son personas jurídicas y el Municipio contrató con una persona jurídica. No aparece prohibición expresa donde se indique que para los efectos de la construcción del estadio, no se pudiera contratar con una persona jurídica y además con una persona natural, pero sí está consagrado en la ley, que se podía contratar con los consorcios, sin que se les pueda exigir a éstos, que estén constituidos sólo por personas jurídicas.

“Sin embargo volviendo a la nulidad planteada, ésta se relaciona con las personas y por lo tanto es una nulidad relativa, la misma no se alegó dentro del término previsto en la ley civil, para cuando se propuso, por el transcurso del tiempo ya no era posible declarar su viabilidad.

“En consideración a lo ya expuesto, se declara que no prospera la nulidad alegada”.

De otro lado, el Tribunal de Arbitramento abordó el estudio del alegado incumplimiento contractual, para cuyo efecto se adujo que ello debía efectuarse a partir tanto de las pretensiones de la demanda, como de la oposición que frente a las mismas edificó la parte convocada y concluyó que:

“La demanda y su contestación nos permiten determinar que las posiciones frente al incumplimiento son encontradas. Para tal fin se examinará el incumplimiento que puede corresponder a cada una de las partes”.

En ese sentido, los Árbitros abordaron el examen del invocado “*INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL MUNICIPIO DE PASTO*”, propósito en cuya consecución, según ellos, resultaba necesario determinar <<... *que se presente una identidad entre las obligaciones pactadas y las incumplidas ...*>>, todo lo cual se efectuó en torno a si la parte contratante cumplió, o no, con los requerimientos de la licencia ambiental.

Por lo tanto, luego de analizar el fallo que dictó el Consejo de Estado, por medio del cual se suspendió la ejecución del contrato, los Árbitros consideraron que los aspectos atinentes a la licencia ambiental no integraron la razón de la suspensión de las obras, es decir que ese aspecto no constituyó la *ratio decidendi* de dicha sentencia y, por lo tanto, ello no se erigió en la causa determinante del daño alegado por la parte convocante, porque:

“(...) aún cuando, no se hubiere presentado el argumento referente a la licencia, el fallo del Consejo de Estado no habría variado, luego la relación de causalidad entre el hecho aducido por el convocante y el perjuicio alegado, se rompe, no aparece como determinante, puesto que si se hubiera cumplido con las obligaciones impuestas en la licencia ambiental, en nada habría cambiado el fallo del Consejo de Estado y de todas maneras se habría ordenado la suspensión de las obras a que se obligaron mediante la escritura 934, porque aún haciendo abstracción del tema relacionado con la licencia ambiental, la amenaza a la seguridad pública en los términos concebidos por el Consejo de Estado, se mantenía y como ese fue el derecho que constituye la esencia del daño, sus consecuencias serían las mismas, es decir la suspensión de las obras”.

Pero se agregó:

“Sin embargo debe anotarse, que la razón expuesta en las pretensiones y hechos de la demanda, para que no continúen las obras, fue la decisión del Consejo de Estado, puesto que en el desarrollo de las obras del estadio Pastusidad no se encuentran documentos que indiquen, haberse reclamado por alguno de los contratantes, incumplimiento de las obligaciones antes del fallo del Consejo de Estado. Eso no quiere decir que no hubiera incumplimientos.

“.....

“Si la licencia ambiental a pesar de su condicionamiento, aún está vigente y con posterioridad al fallo del Consejo de Estado, se han realizado obras como el patinódromo, pista de bicigrós, pista de atletismo y otras a las que se refirió el presidente de ASMEPAS en la declaración rendida en este proceso, quiere decir que tal condicionamiento de ninguna manera impidió la ejecución del contrato, pues ésta deviene de la orden dada [en la] sentencia del Consejo de Estado, de la cual se reitera este Tribunal no revisa si sus fundamentos fueron los pertinentes o no.

“No obstante que la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo en su fallo pone de presente la existencia de unos hechos obviamente ajenos a ella, debe precisarse que previamente la providencia que ordena la suspensión de las obras del Estadio Pastusidad Tercer Milenio, los condicionamientos de la licencia ambiental nunca fueron impedimento para ejecutar la obra. No existe en el expediente ninguna prueba, con la que se pueda concluir, que la licencia y sus condiciones, fuera obstáculo para la construcción.

“

“La conducta negligente que la parte convocante le endilga al Municipio de Pasto respecto de incumplir con las condiciones expuestas en la resolución que concedió la licencia ambiental, debió causar una transformación en la realidad contractual, lo que hubiera implicado que las obras no se puedan ejecutar, que las autoridades competentes no concedan los permisos para ejecutar la obra, que habiéndose concedido se hubieren revocado o incluso que la Jurisdicción Contencioso Administrativo hubiera suspendido o anulado esa resolución.

“Sin embargo antes del fallo del Consejo de Estado, ninguno de esos eventos se presentó. Por el contrario las obras y el desarrollo del contrato se ejecutaban aunque con retraso, pero se ejecutaban y el retraso en la ejecución de las obras no obedeció a los condicionamientos de la licencia ambiental, es más no hubo oposición ni de los contratantes, ni de autoridad judicial o administrativa alguna para la ejecución de las obras en razón de los condicionamientos de la licencia, no existiendo entonces mutación alguna de la realidad contractual como consecuencia de los condicionamientos que se expusieron en la licencia ambiental.

“Ante este razonamiento podría presentarse que ante la omisión que se atribuye al Municipio, cabría responsabilidad por el acto que se alega como omitido, sin embargo, en la medida que la alegada omisión no fue la causante de la suspensión de las obras derivadas del contrato, sino que la suspensión se debió a una orden dada en la sentencia que protegió el derecho a la seguridad pública, que no tiene como ratio decidendi las omisiones en comento, es decir no cumplir con las condiciones de la licencia, no existe una relación directa y determinante por parte del Municipio en la causación de los perjuicios alegados, porque no obstante cumplirse con las condiciones pedidas por CORPONARIÑO al expedir la licencia ambiental, por moralidad administrativa que afectaba según el fallo la seguridad pública, se habría ordenado no continuar con la ejecución de las obras.

“

“Siendo imprevisible la decisión que pudiera tomarse en esa acción e irresistible su cumplimiento so pena de rayar en el campo penal, disciplinario, por fraude o incumplimiento a resolución judicial, fue que el Municipio de Pasto cumplió con la orden de suspender las obras, lo que permite excluir de responsabilidad al Municipio de Pasto.

Y es que es tan imprevisible la decisión que pueda tomarse en un proceso judicial, que el Tribunal Administrativo de Nariño, no encontró procedente la viabilidad de la demanda de acción de grupo (sic), negando sus pretensiones. Así mismo no se podía prever cuál sería el fallo del Consejo de Estado. No se podía exigir al municipio que previera la decisión de una autoridad judicial y se reitera uno fue el pensamiento del Tribunal Administrativo de Nariño y otro el del Consejo de Estado. Es más en relación con temas relacionados al estadio por construir, hubo otras acciones populares, que no prosperaron”.

Posteriormente, el Tribunal de Arbitramento estudió el igualmente alegado incumplimiento de la parte convocante y adujo:

“Los hechos expuestos, nos indican que [en] los motivos por los cuales no se construyó el estadio, el Municipio tiene una mínima responsabilidad, la que no tiene la virtualidad de ser causa suficiente para que finalmente las obras no se realizaran.

“Es evidente que el CONSORCIO PROMOTOR PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES que debía construir la obra mediante el modelo presentado en su propuesta licitatoria y que fue objeto de adjudicación, cuando no pudo conseguir los recursos con las preventas, cambió el modelo propuesto para la financiación, incumpliendo los términos previstos en la licitación. Esto se probó con el acta firmada el 8 de febrero de 2.001, mediante la cual, optan por recurrir a un fideicomiso, la constitución de un patrimonio autónomo, es decir cambió el modelo económico para la financiación de la construcción del estadio.

“La tardanza en la ejecución de las obras por parte de los demandantes, es tan evidente que a 19 de noviembre del año 2.000, 24 de marzo 24 (sic) del 2.001 y a la fecha en que se suspendieron las obras, apenas se acercaban a realizar la mitad del proyecto, hecho probado con los dictámenes periciales que obran en el proceso.

“

“Por otra parte se vislumbra el incumplimiento del convocante de las Condiciones generales de la Convocatoria que obran en el expediente, en los siguientes aspectos:

‘1.3.2. CESION. El asociado no podrá ceder total ni parcialmente este contrato a persona natural o jurídica, nacional o extranjera sin autorización previa, expresa y escrita del señor Alcalde del Municipio de Pasto, la cual puede ser negada, sin embargo dos de los integrantes del consorcio hicieron cesión de sus derechos’.

“Todos los eventos antes expuestos, debieron ser previstos por los integrantes del consorcio porque en la convocatoria se le advirtió.

“

“En atención al principio de la buena fe, se tiene que si los integrantes del consorcio fueron advertidos que debían verificar todas las situaciones que podrían afectar el proyecto, que la presentación de la propuesta se tiene como aceptación que todos los documentos están completos, que son compatible[s] y adecuados, para evitar reclamaciones, no puede ahora pretextarse que esos eventos que le advirtieron tuviera en consideración para presentar su propuesta, pueda invocarlos como fuente de responsabilidad de parte del Municipio de Pasto.

“Las anteriores consideraciones permiten concluir que los integrantes del consorcio incumplieron con sus obligaciones, pero que además se les advirtió que estudiaran todos los riesgos que se podían presentar en la construcción de la obra y sin embargo asumieron y corrieron el riesgo de construir la obra.

“El hecho de que hubieran ampliado los plazos para la ejecución de la obra, es demostrativo, que así hubiera sido aceptado por los contratantes, eran los

hechos que generaban una prolongación en el tiempo para la ejecución de la obra, que finalmente permitieron que las decisiones y órdenes dadas en el fallo del Consejo de Estado los alcanzara. Si bien es cierto se acordaron prórrogas por los contratantes, no se pueden desconocer los hechos generadores de esas prórrogas y la consideración del Municipio en ampliar los plazos pactados, en virtud del principio de la buena fe, no le pueden permitir endilgar las responsabilidades que se argumentan en la demanda.

“En la responsabilidad civil contractual, se requiere que exista un contrato válido, una inexecución de todas o algunas de las obligaciones derivadas del contrato y que éste cause un daño antijurídico por parte del deudor contractual.

“Descartando la nulidad propuesta como excepción, por las razones anotadas al estudiar dicho medio de defensa y encontrándonos frente a un contrato válido, en el cual los integrantes del consorcio conocían de los riesgos que podían presentarse, estaban al tanto de las características de los terrenos, del contenido de los documentos constitutivos, se tiene que han incumplido con las obligaciones originadas en el contrato y en el documento mediante el cual se amplió el plazo.

“.....

“Tratándose de una asociación, todos sus asociados tenían un fin común. Existiendo incumplimiento de los demandantes y una decisión del Consejo de Estado que finalmente, por no haber terminado las obras en tiempo, tuvo la oportunidad de ordenar su suspensión, no es posible atribuirle al Municipio de Pasto responsabilidad por la imposibilidad de cumplir con el objeto social y por la imposibilidad de obtener ganancias”.

De otro lado, los Árbitros en su decisión se refirieron al concepto que en sede arbitral presentó el Ministerio Público, dentro del cual dicho ente de control alegó la caducidad de la acción ejercida e hizo alusión a que la orden de suspensión de las obras no provino del Alcalde del Municipio de San Juan de Pasto, sino de una “... *fuerza extraña en las actuaciones del Municipio ...*”, esto es de la Administración Judicial, en cabeza del Consejo de Estado.

En relación con el primer punto –caducidad de la acción–, el Tribunal de Arbitramento se remitió a las consideraciones que respecto de ese mismo tema había efectuado en precedencia y en cuanto al segundo aspecto al cual se refirió el Ministerio Público, consideró:

“A pesar de los incumplimientos a las obligaciones surgidas de la escritura 934, tanto el Municipio como los integrantes del consorcio y las personas naturales o jurídicas con quienes de (sic) hacían contratos de dación en pago, continuaban ejecutando el proyecto, luego los incumplimientos que se atribuyen al Municipio de Pasto, respecto de los condicionamientos de la licencia ambiental y los incumplimientos que se han examinado en este fallo respecto de los convocantes, no fueron la causa eficiente y última de la suspensión.

“Es más a pesar de los incumplimientos ya analizados, los contratantes insistieron en la ejecución de las obras. Solamente la orden dada por el Consejo de Estado, en la que ordena la suspensión de las obras, fue la que finalmente impidió la ejecución final del contrato.

“Este Tribunal no entra a discutir si las razones en que se fundamentó el Consejo de Estado para tomar la decisión de las obras, fueron adecuadas o no. No le corresponde al tribunal esa labor. Sin embargo es indiscutible, como antes se dijo, que pese a los incumplimientos, los contratantes persistían en su proyecto y tan solo la decisión del Consejo de Estado emitida en el fallo AP 166, fue la que ordenó la suspensión de las obras. El Municipio de Pasto, lo que hizo fue dar cumplimiento a una orden judicial, a la cual no se podía sustraer, so pena de incurrir en un incumplimiento o fraude a resolución judicial.

“Fue para los contratantes tan imprevisible el fallo, que aún cuando no hubieran existido los condicionamientos de la licencia ambiental; o que existiendo se hubieran cumplido antes del fallo; o que los integrantes del consorcio hubieran tenido dados en pago o vendidas todas las unidades inmobiliarias que harían parte del estadio; o que hubieran constituido un fideicomiso y patrimonio autónomo, de todas maneras el fallo del Consejo (sic) se mantendría, en razón de que el argumento consistente en la violación a la seguridad pública, en la interpretación dada por dicha autoridad judicial no cambiaría.

“Además la imprevisibilidad que se presentaba frente a la ocurrencia de una acción de grupo (sic), en consideración a que se contaba con todos los permisos, una vez emitido y notificado el fallo del la acción de grupo (sic) AP 166, se volvió absolutamente imposible terminar la construcción del estadio.

“Las anteriores consideraciones, permite[n] concluir, que en este caso, se dan los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad ante la que se encontraron los dos socios, el Municipio y el Consorcio, puesto que ninguna acción de ellos, en ese momento, permitía continuar con la ejecución del contrato.

“La orden de suspensión, no proviene del Municipio, no proviene de ninguna autoridad de la rama ejecutiva del poder público. Esta proviene de la rama judicial en cabeza del Consejo de Estado, es decir, fue una persona, una actuación ajena al querer de los contratantes, la que no permitió desarrollar el objeto de las obligaciones contenidas en la escritura 934”.

Luego se desestimó la tacha que respecto de un testigo efectuó el Municipio de San Juan de Pasto y más adelante abordó y se desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por las entidades convocadas.

En cuanto a la alegada ausencia de legitimación en la causa por pasiva, el Tribunal de Arbitramento reiteró que no estaba llamada a predicarse porque al proceso arbitral concurrieron, como litisconsortes necesarios, todas las personas que podrían resultar afectadas con dicho proceso.

A su turno, los Árbitros desestimaron la supuesta falta de competencia de la Justicia Arbitral para conocer del asunto, porque, reiteraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronunció en relación con la controversia

contractual que inicialmente se planteó en el sentido de determinar que la competencia residía precisamente en la mencionada Justicia Arbitral.

También se desestimó dentro de la decisión arbitral la improcedencia de liquidar el contrato en sede judicial, toda vez que los árbitros consideraron que ese tema sí puede debatirse y, por ende, resolverse en sede arbitral.

En cuanto al supuesto pleito pendiente porque estaría en discusión mediante una acción de simple nulidad el acto de constitución de la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS–, el Tribunal de Arbitramento sostuvo que ello no fue acreditado y que, por lo tanto, no había lugar a acceder a tal excepción.

A continuación, los árbitros expusieron que no se encontraba probada una sola excepción y se ocuparon de analizar la condena en costas dentro del proceso arbitral.

A título de conclusión, los árbitros consideraron que debido a que la pretensión principal de declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la entidad pública convocada no estaba llamada a prosperar, la misma suerte seguían todas las demás pretensiones, solicitadas de manera accesorio o consecuencial a la primera.

17.- Aclaración oficiosa del laudo arbitral.

Mediante decisión proferida el 28 de septiembre de 2012 (fls. 203 a 207 c ppal), los Árbitros –de oficio– aclararon el numeral primero de la parte resolutive del laudo arbitral, cuyo contenido inicial fue el siguiente:

“PRIMERO. Por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia, se declara probada la excepción de fuerza mayor propuesta por el Ministerio Público sustentada en los alegatos de conclusión.

A partir de la aclaración, el mencionado numeral primero quedó con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. Por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia, se comparte y acoge el concepto respecto de la existencia de fuerza mayor, propuesto por el Ministerio Público y por ello se declara probada la fuerza mayor como eximente de responsabilidad del Municipio de Pasto”.

Lo anterior se fundamentó en lo siguiente:

“Se procede a señalar que la intervención del Agente del Ministerio Público en este trámite arbitral, se hizo en cumplimiento del deber constitucional y legal, mediante concepto sobre el asunto en audiencia de alegatos de conclusión, en el cual sustenta la fuerza mayor como excluyente de la responsabilidad del Municipio de Pasto, respecto de lo cual el Tribunal en Sala Mayoritaria tal como lo expresó en la parte motiva de la providencia comparte y acoge, considerándolo como excepción, cuando en realidad el mismo [es] un concepto”. (fls. 205 y 206 c ppal).

18.- Peticiones de aclaración y de corrección de la decisión arbitral.

18.1.- La parte convocante solicitó aclarar el laudo arbitral en relación con los aspectos que a continuación se describen:

“1.- En qué etapa del trámite arbitral el señor agente del Ministerio Público propuso la excepción y/o eximente de fuerza mayor a que hace referencia el Tribunal en el numeral primero de la aparte resolutive del laudo”.

2.- Por medio de qué auto se corrió traslado al suscrito apoderado de la parte convocante de la excepción y/o eximente de fuerza mayor. De existir dicho auto, solicito a mi costa copia auténtica”. (fl. 213 c ppal).

18.2.- Por su parte, el Municipio de San Juan de Pasto solicitó aclarar y corregir el laudo arbitral respecto de los temas que se pasan a transcribir de manera parcial:

“1) Se aclare y corrija bajo un criterio legal, jurisprudencial y doctrinal, la figura jurídica del Consorcio, como forma de asociación autorizadas por el Estatuto de Contratación Estatal y aún en el régimen privado; y si dentro de ese contexto sus integrantes forman personas jurídicas, o si sus integrantes solo se asocian en virtud del contrato respectivo sin constituirse como personas jurídicas, y si sus obligaciones y derechos son independientes de acuerdo a sus responsabilidades y en tal virtud pueden actuar independiente y autónomamente extrajudicial o judicialmente dentro del marco de su participación porcentual en la ejecución contractual.

“Dentro de ese análisis solicito al Tribunal de Arbitramento, aclarar su interpretación sobre la existencia de un litisconsorcio entre los miembros del consorcio o unión temporal (...).

“En el análisis de este tema jurídico ruego, comedidamente indicar el alcance de la valoración e interpretación utilizado por el Tribunal frente de (sic) cada una de las pruebas documentales, testimonial, inspección judicial e interrogatorio del representante de ASMEPAS, y bajo qué criterio jurídico se realizó la interpretación probatoria.

“2) Se aclare y determine el alcance jurisprudencial y doctrinal, de la valoración probatoria utilizada por el Tribunal de Arbitramento, frente a su interpretación al negar la caducidad de la acción arbitral (...).

“.....

“3) Se aclare y corrija, bajo un criterio legal, jurisprudencial y doctrinal, preciso, aplicable frente a la nulidad del contrato de asociación contenido en la Escritura Pública 934, que nos ocupa, bajo el criterio previsto en la ley 489 de 1998, sobre el alcance de las personas que pueden integrar los contratos de asociación.

“

“4) Se aclare, bajo un criterio legal, jurisprudencial y doctrinal, el alcance probatorio, la valoración e interpretación de cada medio de prueba testimonial, documental, interrogatorio de parte del representante de ASMEPAS, y de la inspección judicial sobre el cumplimiento del Municipio de Pasto en sus obligaciones contractuales derivadas de la Escritura Pública No. 934 de 1994, que ocupa nuestra atención.

“

“5) Se precise en términos de aclaración del laudo, el problema jurídico central y único a decidir en la presente acción, toda vez que el Tribunal de Arbitramento determina con precisión con alcance de ratio decidendi, que la licencia ambiental existe y aún está vigente; hecho que era el único, endilgado, como omisión atribuible al Municipio.

“

“6) Consecuentemente con lo anterior se aclare, que en el expediente se demostró con prueba idónea la existencia de la licencia ambiental, que estudiamos, y que el Tribunal de Arbitramento considera probada su existencia (...).

“7) Se aclare con precisión en la parte resolutive del laudo arbitral, que existió cumplimiento por parte del Municipio de Pasto, de sus obligaciones contractuales, en consonancia con la parte motiva del mismo que constituye ratio decidendi, toda vez que el problema jurídico central y único de la presente acción arbitral, según se determina en el texto de la demanda, es el hecho que se le atribuye al Municipio de Pasto, no haber conseguido la licencia ambiental, y así lo considera el laudo (...).

“

“Dentro de ese contexto, ruego al Tribunal de Arbitramento aclarar que el Municipio de Pasto, no incurrió en incumplimiento contractual como lo expresa en la parte considerativa con alcance de ratio decidendi, y que esta consideración prevista en el laudo, se exprese en la parte resolutive (...).

“

“8) Se aclare el alcance de la apreciación, valoración e interpretación que dio el Tribunal de Arbitramento, a cada medio probatorio para determinar que el modelo financiero propuesto por el Consorcio Peldaños y Construcciones y que se concibió y propuso en su oferta de la invitación pública, siendo incluido en la escritura de constitución de ASMEPAS, fue cambiado por el consorcio, que lo llevó al incumplimiento de sus obligaciones, por la tardanza en la ejecución de las obras (...).

“

“9) Se aclare y complemente, en forma expresa que en la presente acción y de acuerdo a la demanda inicial y sus reformas, no se atribuye responsabilidad por omisión e irregularidad alguna al Municipio de Pasto, frente a la licencia de construcción o cualquier otro tema contractual, sino única y exclusivamente el

tema de la licencia ambiental, como se cuestiona en la demanda y sus reformas.

“10) Dentro del anterior contexto se aclare el laudo arbitral en el sentido de determinar que es absuelto el Municipio de Pasto y/o despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, por acoger no solo el concepto del Ministerio Público, sino además porque el Municipio de Pasto, de acuerdo a lo previsto en su parte considerativa con alcance de ratio decidendi, demostró en el curso del proceso arbitral, su cumplimiento contractual, y en especial la existencia de la licencia ambiental con prueba documental y testimonial.

“.....

“11) Solicito igualmente se aclare la argumentación jurídica, fáctica y probatoria que acoge el Tribunal de Arbitramento frente a la objeción por error grave presentada en mi Defensa (...).” (fls. 214 a 219 c ppal).

18.3.- Mediante un nuevo escrito, la parte convocante solicitó ‘aclarar’ el auto proferido el día 28 de septiembre de 2012, a través del cual se aclaró de manera oficiosa el numeral primero contenido en la parte resolutive del laudo arbitral, en el siguiente sentido:

“(...) se aclare el auto indicando en qué parte del LAUDO se encuentra la ‘APRECIACION Y VALORACION DE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRUEBAS DECRETADAS’ en lo que corresponde a la parte convocante”. (fl. 221 c ppal).

La anterior solicitud se fundamentó en la argumentación que empleó el Tribunal de Arbitramento para aclarar el numeral primero de la parte resolutive de su decisión, puesto que una vez los árbitros expusieron las razones por las cuales procedían a dictar dicha decisión aclaratoria –expuestas en precedencia– procedieron a señalar lo siguiente:

“Conservando la convicción del análisis legal, de la jurisprudencia y la apreciación y valoración de todas y cada una de las pruebas decretadas y legalmente arrimadas a este proceso, con fundamento en el artículo 309 del C. P. C. ..., el Tribunal conservando en su integridad la decisión y el sentido del laudo ... procederá a aclarar el numeral primero de la parte resolutive del mismo, indicando que lo que se comparte y acoge no es la excepción, sino el concepto de fuerza mayor como eximente de responsabilidad del Municipio de Pasto, propuesto por el Ministerio Público”. (Negrillas y subrayas adicionales).

19.- Mediante decisión de fecha 4 de octubre de 2012 (fls. 222 a 240 c ppal), el Tribunal de Arbitramento denegó todas las peticiones de “aclaración” y de “corrección” que respecto del laudo arbitral elevaron las partes; también desestimó la solicitud de aclaración que elevó la parte convocante frente a la providencia proferida el 28 de septiembre de 2012.

Respecto de las solicitudes elevadas por la parte convocante, se señaló:

“Este Tribunal mediante auto fechado veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) aclaró que el Ministerio Público, no presentó excepciones, sino concepto, con fundamento en esta precisión no es posible por sustracción de materia, hacer las aclaraciones solicitadas, por tanto no accederá a dicha petición.

“Mediante oficio fechado primero (1) de octubre de dos mil doce (2012), recibido el mismo día, el apoderado de la parte convocante hizo otra solicitud de aclaración, pero no respecto del laudo emitido el día veintiuno (21) de septiembre de dos mil doce (2012), sino del auto No. 39 del veintiocho (28) de septiembre del año en curso, mediante el cual se aclaró de oficio el laudo.

“En consideración a que el artículo 309 del código de procedimiento civil establece que el auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recurso y que precisamente el auto No. 39 contiene la aclaración de oficio del laudo, se da aplicación a dicha norma y por tanto no se accederá a la aclaración pedida”.

En relación con lo solicitado por el Municipio de San Juan de Pasto, el Tribunal de Arbitramento consideró:

“Respecto de esta solicitud tenemos que revisados los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 11 hacen referencia a la parte motiva del laudo, encontrándose que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 309 del C P. C., puesto que no se indicó de manera precisa los conceptos o frases de la parte resolutive que se debían aclarar; adicionalmente en la solicitud de aclaración de manera general se pide se indique cuál es el fundamento jurisprudencial, legal y probatorio para emitir el laudo. El Tribunal encuentra que a lo largo de la providencia del veintiuno (21) de septiembre de dos mil doce (2012) se invocaron las normas, jurisprudencia y pruebas valoradas en que se sustentó, que llevaron al convencimiento de los árbitros para sustentar su fallo”.

Sin embargo, los Árbitros procedieron a enunciar el marco jurídico y jurisprudencial que sirvió de fundamento a su decisión, así como efectuaron un recuento del acervo probatorio que integró el expediente y de la consiguiente valoración probatoria que frente a cada prueba se concedió.

Y en cuanto a las peticiones contenidas en los numerales 7, 9, 10 y 11, no obstante que fueron denegadas, el Tribunal de Arbitramento se pronunció en relación con cada uno de los aspectos allí planteados.

20.- La impugnación del laudo arbitral.

La parte convocante interpuso recurso extraordinario de anulación contra el Laudo arbitral proferido el 21 de septiembre de 2012, con fundamento en las causales previstas en los numerales 6°, 8° y 9° de artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (fls. 251 y 272 a 330 c ppal), acerca de cuyos argumentos, desarrollo y

fundamentos se hará referencia más adelante en la medida en que se aborde el examen de cada uno de las causales de anulación invocadas por la parte recurrente.

21.- Oposición a la impugnación.

La parte convocada no se pronunció respecto del aludido recurso extraordinario de anulación.

22.- Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público solicitó declarar infundado el recurso extraordinario de anulación (fls. 332 a 340 c ppal), con base en los siguientes razonamientos:

“(...) No admite duda la existencia de una controversia contractual entre la convocante y la convocada respecto de al (sic) hecho de no allegarse conforme a lo pactado la licencia (sic) ambiental requerida para el desarrollo de la obra, que para el caso debía por obligación contractual aportarse por la parte contratante, es decir, el Municipio de Pasto, tal y como consta en los hechos y pretensiones de la demanda y su reforma, así como de las excepciones y hechos que sustentan en la contestación de la demanda.

“Evidentemente, entre las partes se ha debatido la responsabilidad endilgada al Municipio de Pasto, respecto del no cumplimiento con las condiciones exigidas por CORPONARIÑO en la licencia ambiental otorgada, hecho no del todo cierto, ya que obra dentro del plenario, el hecho que desvirtúa lo manifestado por el contratista, toda vez que a través de la Resolución número 593 del 8 de noviembre de 1.999, se expidió la licencia ambiental, para efectos de construir la obra contratada, circunstancia de la cual no existe en el proceso prueba que demuestre que haya sido revocada, anulada o suspendida, por el contrario se puede vislumbrar que aún sabiendo que se habían exigido unos documentos para la licencia que ya había sido otorgada, es firmado el contrato 26 días después, como consta en la escritura No. 934 de 13 de diciembre de 1999, sin ningún tipo de salvedad al respecto, no generando ningún tipo de incumpliendo a este requisito alegado”.

De otro lado, el Ministerio Público sostuvo que el laudo arbitral no fue proferido en conciencia; que por el contrario cuenta con *“... una argumentación sustentada en normas jurídicas y en las pruebas aportadas por la parte convocada y convocante, permitiendo así acreditar que en ningún momento la suspensión de la obra se dio por incumplimiento del Municipio de Pasto (...)”.*

Finalmente señaló que dentro de la decisión arbitral impugnada se estudiaron todos los temas planteados por la parte convocante y que, por lo tanto, no se configura la causal 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

23.- Mediante proveído de 20 de mayo de 2013, se puso el presente asunto en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en cumplimiento de lo normado en el artículo 610 del Código General del Proceso⁴, sin manifestación alguna por parte de dicho ente (fls. 342 a 345 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

1.- Régimen legal aplicable al presente caso.

Para la fecha de la presente decisión se encuentra vigente el nuevo Estatuto de Arbitraje –Ley 1563 de julio 12 de 2012⁵–, sin embargo, bueno es precisarlo, dicha normativa no resulta aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que tanto el proceso arbitral⁶ y la consiguiente expedición de laudo arbitral⁷, como la impugnación⁸ que aquí se resuelve se surtió y se interpuso, respectivamente, antes de la expedición del referido Estatuto, por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el Decreto 1818 de 1998, compilatorio, entre otras, de las normas legales sobre arbitramento.

A lo anterior se adiciona que en forma reciente y con fines de unificación de su Jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarán rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de

⁴ “ARTÍCULO 610. INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrá actuar en cualquier estado del proceso, en los siguientes eventos:

1. Como interviniente, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado (...).”

⁵ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: “Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”.

⁶ La demanda arbitral se presentó en el mes de octubre del año 2010.

⁷ Fechado en septiembre 21 de 2012.

⁸ Interpuesto el día 4 de octubre de 2012 (fl. 249 c ppal).

procesos, aunque sean formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resulta aplicable la mencionada Ley 1563.

Así lo determinó la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación al considerar, en síntesis, lo siguiente⁹:

“2.3.- El tránsito de legislación procesal y la vigencia en el tiempo de la Ley 1563 de 2013.

Una vez que se llega a la anterior conclusión la Sala debe determinar, entonces, la norma procesal que rige para el trámite de los recursos de anulación de laudo arbitral, aspecto en el cual existe norma especial en el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, lo que hace innecesario acudir al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso¹⁰; esta disposición especial dispone:

“Ley 1563 de 2012. Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.”¹¹ (Resaltado propio).

Esto significa, entonces, que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012”. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

2.- Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena–, providencia de 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922), M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Código General del Proceso. Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones (...).”

¹¹ Ley 1563 de 12 de julio de 2012. Diario Oficial 48.489

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998– y lo normado en el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

El laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala se dictó con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con la ejecución de un contrato celebrado entre el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones por una parte y por otra parte el Municipio de San Juan de Pasto y la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio –ASMEPAS– contrato que tuvo por objeto la construcción de un estadio de fútbol en el referido municipio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes¹².

De otra parte, la Ley 1107, expedida el 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas. El nuevo texto del artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la citada Ley, dispuso lo siguiente:

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

‘Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas

¹² Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; M.P. Myriam Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras decisiones.

incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

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

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

La Sala, de manera reiterada, ha sostenido¹³ que la norma transcrita aclaró el régimen jurisdiccional al cual estarán sometidas las entidades estatales, puesto que al eliminar del texto del anterior artículo 82 la expresión “*controversias y litigios administrativos*” para reemplazarla por la frase “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, decidió incluir a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate (contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual), de tal suerte que se adoptó un criterio legal predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad, con lo cual se dejó atrás el criterio material u objetivo que permitía distinguir entre las actividades de las entidades públicas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no.

Pues bien, para la Sala no existe el menor asomo de duda acerca de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, dado que la parte convocada es una entidad territorial.

De otro lado conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998¹⁴, toda vez que se formuló el mismo día en que se expidió y notificó el proveído mediante el cual el Tribunal de Arbitramento se

¹³ Al respecto pueden consultarse, entre otras providencias, la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008, exp. 33.643, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

¹⁴ El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998 dispone que el recurso de anulación deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo **o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.**

pronunció en relación con las solicitudes de 'aclaración' y 'corrección' formuladas por las partes, esto es el día 4 de octubre de 2012 (fls. 247 a 249 c ppal).

3.- El Recurso de anulación: naturaleza y características¹⁵.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo*, que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores *in iudicando*, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un *yerro* en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

¹⁵ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, exp. 11632; de 16 de junio de 1994, exp. 6751; de 18 de mayo de 2000, exp. 17.797; de 23 de agosto de 2001, exp. 19.090; de 28 de abril de 2005, exp. 25.811; de 4 de julio de 2002, exp.21.217; de 20 de junio de 2002, exp. 19.488; de 4 de julio de 2002, exp. 22.012; de 1º de agosto de 2002, exp. 21.041; de 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560; de 8 de junio de 2006, exp. 32.398; de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra¹⁶, en consecuencia, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación¹⁷.

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.”*¹⁸

vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley (artículos 128 de la Ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998).

4.- Causales de anulación del laudo arbitral dictado para dirimir controversias de naturaleza contractual.

Las causales de anulación de los laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas diferentes entre sí, a saber: la Ley 80 y el Decreto 1818 de 1998, compilatorio del Decreto-ley 2270 de 1989, circunstancia que generó diversas posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal debido a que las causales previstas en uno y otro texto normativos no coincidían en su totalidad. En efecto, mientras el artículo 72 de la citada Ley 80¹⁹ previó cinco (5) causales de anulación para impugnar el laudo arbitral, el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 previó nueve (9)²⁰.

¹⁹ El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150, consagraba:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

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

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

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

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

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

²⁰ El artículo 163, señala como causales de anulación, adicionales a las previstas en el antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las siguientes:

“Art. 163. *Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

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

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

3. Numeral declarado NULO (El Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de abril de 1999, exp. 5191, declaró nulo el numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998).

4. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”.

Ocurre, sin embargo, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1150²¹, esto es a partir del 16 de enero de 2008, se modificaron algunos aspectos referidos a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados para resolver las controversias originadas en contratos estatales. La mencionada Ley 1150²², en su artículo 22 – modificadorio del artículo 72 de la Ley 80–, determinó que las causales de nulidad que podían invocarse para impugnar los laudos arbitrales dictados para solucionar las controversias suscitadas en contratos estatales son ahora las mismas que se encuentran contenidas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989²³, norma

²¹ La Ley 1150 de 2007 fue promulgada el 16 de julio del mismo año, en el Diario Oficial No. 46691, fecha en la cual entraron en vigencia los artículos 9º y 17; los demás artículos empezaron a regir 6 meses después de su publicación, con excepción del artículo 6º que entrará en vigor después de 18 meses.

²² El artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

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

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.

²³ Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

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

2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias para evacuarlas siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

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

7. Contener la parte resolutoria del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

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

que reúne nueve (9) causales de anulación que pueden ser invocadas válidamente para impugnar los laudos arbitrales.

Por consiguiente, la Ley 1150 unificó el régimen de las causales de anulación de laudos arbitrales alrededor de aquellas contenidas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, los cuales, a su vez, son las mismas que recoge el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998²⁴, de tal suerte que independientemente de que el contrato que haya suscitado la controversia decidida por los árbitros se encuentre regido por el Estatuto de Contratación Estatal o por el régimen contractual del Derecho Privado, las causales de anulación que podrán invocarse para impugnar los laudos arbitrales serán siempre las previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, para cuyo trámite debe invocarse en cada caso la norma o mejor la causal que resulte aplicable.

De otra parte, la pluricitada Ley 1150 suprimió la limitación impuesta por el derogado artículo 72 de la Ley 80, disposición que tan solo había consagrado cinco causales.

Resulta pertinente precisar que el numeral 2º del artículo 167 de la Ley 446 de 1998 derogó expresamente el numeral 3²⁵ del artículo 38 del citado Decreto-ley y comoquiera que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 reprodujo el aludido numeral 3 derogado, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 8 de abril de 1999, lo declaró nulo, precisamente por haber compilado una norma que carecía de vigencia.

En este contexto resulta claro que las causales de anulación que pueden invocarse contra laudos arbitrales pronunciados para resolver las controversias que se susciten en relación con contratos celebrados por Entidades Estatales,

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

²⁴ Según la jurisprudencia de la Sala, las causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, proceden para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir las controversias suscitadas en contratos celebrados por el Estado que se regulan por un régimen de derecho privado; estas causales corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que son las mismas a las cuales se refirió el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 para impugnar los laudos arbitrales dictados para dirimir controversias suscitadas en contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

²⁵ El numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1998, establecía: “No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en éste decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.”.

independientemente del régimen jurídico que los gobierne (régimen de Derecho Privado o el Estatuto Contractual del Estado) son las previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2279 de 1989, en la forma en que fue modificado por la Ley 446 de 1998.

5.- Causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación impuesta por el Derecho Comunitario Andino a los jueces nacionales, consistente en solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad la Interpretación Prejudicial de normas comunitarias aplicables al caso que resuelven²⁶.

Resulta importante señalar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA– ha sostenido²⁷ que con fundamento en lo preceptuado por los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes del Estatuto de dicho Tribunal, las autoridades jurisdiccionales de los Países Miembros, entre las cuales deben incluirse los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal de Arbitramento, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, cuestión esta última excepcional, siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino.

Por consiguiente, al catálogo taxativo de causales legales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo.

²⁶ Se reafirman en este punto las consideraciones expuestas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la providencia dictada el 9 de agosto de 2012 dentro del exp. 43.045, reiterada por esta Subsección en sentencias de 21 de noviembre de 2012, expediente 39.373 y de 17 de abril de 2013, exp. 42.532.

²⁷ Providencias fechadas en agosto 26 y noviembre 15 de 2011, dictadas dentro del proceso identificado con el No. 03-AI-2010.

6.- Las causales de anulación invocadas por la parte convocante y sus respectivos fundamentos.

La parte recurrente invocó inicialmente como causales de anulación del laudo arbitral aquellas previstas en los numerales 6°, 8° y 9° de artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, sin embargo, al momento de sustentar su impugnación extraordinaria, sólo alegó –y por ende solo fueron materia de argumentación– las causales 8° y 9°, motivo por el cual la Subsección se ocupará únicamente del estudio de estas últimas causales.

6.1.- Causal de anulación consagrada en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993: en cuya virtud el laudo arbitral será anulado cuando recaiga <<*sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*>>.

6.1.1.- Sustentación de la causal.

A juicio de la parte convocante, el Tribunal de Arbitramento declaró probada la excepción de fuerza mayor, pero lo cierto es que el Ministerio Público en realidad no formuló tal ‘excepción’ dentro de sus alegaciones finales, sino que ello consistió en una “eximente de responsabilidad” que propuso tal ente de control, a lo cual adicionó que la aludida ‘excepción’ no fue ni siquiera propuesta por la parte convocada en la oportunidad procesal respectiva, con lo cual “... *al haberse decretado, con base en lo expuesto en la audiencia de alegatos, excedió la competencia de los árbitros ...*”.

Señaló que desde el inicio del proceso arbitral, las partes determinaron en forma clara y precisa los argumentos respecto de los cuales versaría el litigio, por lo cual el laudo se encontraba supeditado a las pretensiones de la demanda, a las contestaciones de esta última y a las excepciones propuestas, sin que dentro del listado de las excepciones que formularon las partes convocadas se haya encontrado como tal la causa extraña, ni la eximente de responsabilidad consistente en la fuerza mayor, para deslegitimar las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que los árbitros acogieron la ‘atrevida’ afirmación del Ministerio Público en cuanto que la culpa de la suspensión de las obras habría sido de la Rama Judicial en cabeza del Consejo de Estado y en ese sentido se entendió como ‘excepción’

aquel argumento que de manera sorpresiva utilizó el mencionado ente de control en sus alegaciones finales, sin tener en consideración que las razones por las cuales se produjo tal suspensión de las obras resultaban atribuibles pero al municipio convocado.

Añadió que la aclaración oficiosa que se produjo respecto del laudo arbitral no resultaba procedente al tenor de lo normado en el artículo 309 del C. de P. C.

Indicó que el objeto de la petición de aclaración del laudo arbitral consistió en obtener una respuesta por parte de los árbitros acerca de cuál fue la etapa procesal en la cual el agente del Ministerio Público propuso la eximente de responsabilidad de fuerza mayor y en qué etapa del trámite arbitral se le corrió traslado de dicha eximente a la parte convocante, pero con asombro se contestó por parte de los árbitros que el aspecto que propuso el aludido ente de control no constituyó una excepción, sino que fue parte de su concepto y que, por lo mismo, la aclaración no procedía por sustracción de materia.

Agregó que si bien es cierto que el Ministerio Público se encuentra facultado para presentar consideraciones de fondo, lo cierto es que el concepto por él emitido contenía una eximente de responsabilidad que sólo se planteó a los demás sujetos procesales al momento de alegar de conclusión, motivo por el cual *“... no es de recibo que con ese frágil argumento se manifieste que la entidad que debe velar por el debido proceso, e igualdad de las partes, etc., **no presentó eximentes de responsabilidad sino un concepto que sí lo contiene claramente**”*. (Negrillas del original).

Posteriormente, la parte convocante citó y transcribió apartes de diversos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado relacionados con las facultades y potestades del Ministerio Público dentro de los procesos que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; la condición que dicho ente de control puede tener, ora como parte demandante o demandada, ora como interviniente en defensa del ordenamiento jurídico dentro de tales procesos; la naturaleza de sus actuaciones y las oportunidades en las cuales debe ejercer tal intervención; la imposibilidad que asiste a la Procuraduría para sustituir a una de las partes, todo ello para predicar que el Ministerio Público no podía introducir en su concepto el tema que acogió finalmente el Tribunal de Arbitramento para desestimar las pretensiones de la demanda.

Y añadió:

Es indudable que el señor Procurador dentro del proceso que se recurre, ... actúa como parte, de esta forma, la excepción o el eximente de responsabilidad presentado en los Alegatos de Conclusión por este Delegado del Ministerio Público, acogida por el Tribunal de Arbitramento claramente en la parte resolutive del fallo y su aclaración, es extemporánea, porque esta agencia no tenía la potestad de invocarla cuando había precluido la oportunidad procesal que le otorga la ley, esto es, al momento de vincularse al proceso.

Así las cosas, el fallo vulneró el debido proceso de la parte demandante, por no tener la posibilidad de controvertir la excepción o eximente propuesto por el Ministerio Público, agencia que actuó como parte a favor de los demandados para defender sus intereses individuales pero de manera extemporánea.

*Luego entonces, no es de recibo que los árbitros al momento de fallar el asunto sometido a estudio, determinen que deba prosperar un eximente de responsabilidad materializado en el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado dentro de la ACCION POPULAR –que ordenó la suspensión de la obra–, que huelga decir y reiterar, nunca fue propuesto por el Municipio de Pasto y ASMEPAS como mecanismo de defensa, ni como excepción, eximente de responsabilidad o **fuerza mayor**, esta última, retomada por el juez arbitral con la desacertada tesis propuesta por el Ministerio Público, y sin el mayor (sic) estudio de sus elementos constitutivos (**obsérvese que la fuerza mayor debe ser externa, y en el presente caso la decisión del Consejo de Estado fue por razones imputables al Municipio de Pasto, al haber permitido la construcción del Estadio en una zona de riesgo que atenta contra la seguridad pública**).*

En síntesis, que se tipifica la causal de nulidad (sic) del 8° (sic) del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, porque el laudo recayó sobre aspectos no solicitados por los demandados, de manera que, no es concordante ni armónico teniendo como argumento los extremos del proceso, de donde surge claramente que es incongruente con lo pedido por las partes". (Negrillas del original).

A continuación, la parte recurrente aludió al pronunciamiento de unificación de jurisprudencia que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con la intervención del Ministerio Público en los procesos judiciales, para insistir en que este ente de control no puede desplazar a las partes que concurren al trámite arbitral porque ello lo convertiría en un coadyuvante que podría suplir los vacíos o negligencias de una de las partes, máxime si el Ministerio Público omite exponer el fundamento legal y constitucional de su intervención "... y sin rigor alguno depreca un eximente de responsabilidad que para nada se orienta ni tangencialmente a 'la defensa del ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales' ..." y, por el contrario, con su intervención vulneró la carga argumentativa, la cual no se puede limitar a un simple juicio de valor.

6.1.2.- Consideraciones generales sobre la causal de anulación prevista en el número 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

La Jurisprudencia reiterada de la Sala ha predicado, respecto de la aludida causal, que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: **i)** que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley; **ii)** que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes y **iii)** que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando así el principio de congruencia²⁸ (supuesto este con apoyo en el cual la parte convocante edificó la causal por ella propuesta, tal como lo expresó a folio 281 c ppal).

Los anteriores criterios han sido analizados en varias providencias de la Sección Tercera de la Corporación, en las cuales se ha expuesto que:

*“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:*

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

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

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita)²⁹.

En el mismo sentido, en sentencia de junio 8 de 2006, la Sala sostuvo:

²⁸ Para lo cual se reiteran las consideraciones expuestas a través de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2010, exp. 37.004, M.P. Enrique Gil Botero, entre muchas otras providencias.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20.356. M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 42.532.

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

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

- i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.*
- ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.*
- iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente³⁰.*

6.1.3.- Definición de la causal.

La causal que aquí se analiza no está llamada a prosperar en el caso materia de la presente decisión, por las razones que a continuación se exponen:

La parte convocante consideró que la causal en estudio se habría configurado porque <<el laudo recayó sobre aspectos no solicitados por los demandados>> y en ese sentido la decisión arbitral no resultaría concordante ni armónica con los extremos del proceso, lo cual tornaría el laudo en incongruente.

Lo anterior porque la parte convocante estima que el tema relacionado con la existencia de una fuerza mayor como “eximente de responsabilidad”, no podía, ni debía proponerse al final del proceso, sino que debió plantearse desde el inicio de

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada por esta Subsección en sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 42.532.

la litis, para efectos de que los demás sujetos procesales pudieran conocer y desde luego pronunciarse al respecto.

Pues bien, para la Sala el anterior planteamiento adquiere relevancia en la medida en que si se analiza de manera genérica, es decir sin consideración al caso concreto respecto del cual se predica tal situación, resulta evidente que esa cuestión apunta a la preservación y efectividad de la garantía del Debido Proceso, así como del derecho de defensa de las partes en litigio, por cuanto aquellos aspectos de la litis no conocidos por los sujetos procesales y que en forma intempestiva resulten introducidos a la misma y más aún constituyan parte esencial de la resolución de la controversia, estarían llamados a superar el margen y los parámetros en relación con los cuales ha sido trabada la litis y que, por lo tanto, se erigieron en los puntos de Derecho respecto de los cuales cada parte edificó y diseñó su intervención y defensa procesal, por manera que ante la introducción de nuevos cargos o aspectos no planteados por las partes en las oportunidades y en las etapas previstas de manera precisa en la ley, se estaría, en principio, ante un posible desequilibrio de la relación jurídico procesal.

En ese sentido, a título puramente ilustrativo, resulta pertinente señalar que la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desestimado imputaciones o señalamientos –no determinados por las partes desde el inicio de la litis– que mediante el recurso de apelación se han pretendido introducir, por cuanto ello, y así lo ha considerado de manera categórica la Sala, implicaría una clara vulneración del derecho de defensa de la contraparte, amén de que así se garantiza el principio de congruencia de la sentencia, postulado que precisamente dice relación con la causal de anulación invocada por la parte convocante.

Ciertamente, la Sala ha predicado lo siguiente³¹:

“En cuanto a la afirmación del demandante consistente en que la entidad demandada habría incurrido en una falla en el servicio por la omisión en el deber de vigilancia y cuidado que tenía sobre el automotor que se vio involucrado en el accidente, puesto que permitió que el conductor del vehículo lo utilizara por fuera del servicio, esta Subsección se abstendrá de pronunciarse al respecto, comoquiera que esta nueva imputación fue formulada por el actor en el recurso de apelación, circunstancia que supone una variación de la causa petendi de la demanda, lo cual resulta improcedente

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Sentencia de 6 de junio de 2012, exp. 23.025, entre muchas otras providencias.

en la medida en que si se llegara a acceder al estudio de dicho cargo, implicaría una vulneración del derecho de defensa de la contraparte.

En relación con la congruencia que debe existir entre la sentencia y la demanda, que impide modificar en el transcurso del proceso la causa petendi, la Sala Plena de la Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

‘...3. los hechos son la causa petendi de la demanda, en cuanto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia. (Artículo 170 C.C.A.)³²’.

De allí pues, que la Sala haya considerado, tal como se dejó expuesto anteriormente, que la causal de anulación de laudos arbitrables que aquí se examina pueda configurarse si “[e]l laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente”³³.

Ahora bien, al descender al caso concreto en examen, la Subsección estima que dentro del proceso arbitral que dio lugar a la expedición del Laudo censurado, los Árbitros no acogieron, porque no se introdujo a la controversia, un aspecto ajeno a la litis, toda vez que el tema relacionado con la existencia de una causa extraña en un proceso judicial encaminado a determinar la alegada responsabilidad – extracontractual o **contractual**– de la Administración, constituye un tema inescindible al núcleo mismo de la controversia planteada.

En efecto, mediante el litigio que en sede arbitral formuló el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones contra el Municipio de San Juan de Pasto y ASMEPAS, se pretendía obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial de

³² Sentencia de 14 de febrero de 1995, exp. S-123. Ver también Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente: 18.373. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de junio de 2006, exp. 29.476, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada por esta Subsección en sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 42.532.

la parte convocada por su supuesto incumplimiento contractual derivado de actuaciones atribuibles a esta última y que, como consecuencia de ello, se le reconocieran al contratista las indemnizaciones correspondientes.

En ese sentido –más allá de que la existencia de una fuerza mayor como “eximente de responsabilidad” hubiere sido planteada por el Ministerio Público–, la Sala considera que la determinación de ese punto fundamental de la litis necesaria y obligatoriamente le correspondía definirlo al juez de conocimiento, esto es al Tribunal de Arbitramento, por tratarse de un tema atinente a la responsabilidad contractual deprecada, cuestión que sin duda alguna comportaba el examen del asunto para descartar o, por el contrario, evidenciar la existencia de una causa extraña en torno a la endilgada responsabilidad patrimonial y contractual del ente público contratante, tal como ocurrió en este caso.

Al respecto cabe agregar que el juez natural de la causa puede tener por estructurada la responsabilidad cuya declaratoria se le demanda, resulta indispensable que en el proceso se acredite y que dicho juez constate la presencia de los siguientes elementos: **(i)** el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; **(ii)** el daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, **(iii)** que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento³⁴.

En este caso, tal como le correspondía, el referido análisis de responsabilidad contractual lo efectuaron los Árbitros, dado que en su decisión final se ocuparon de resolver la controversia a partir del cumplimiento contractual del ente contratante y dentro de dicho estudio el Tribunal de Arbitramento se pronunció en relación con los diversos actos proferidos por la entidad estatal contratante, lo cual se reflejó en la decisión definitiva contenida en el numeral segundo de la parte resolutive del laudo arbitral, dentro de la cual se dispuso: <<SEGUNDO. Se declara no probado el incumplimiento del Municipio de Pasto, en los términos planteados por la parte convocante>>; es más, los Árbitros, contrario a lo expuesto en la demanda, determinaron la existencia de un incumplimiento contractual pero por parte del consorcio convocante, así:

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, providencia de 4 de julio de 1992, exp. 6461, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

“Es evidente que el CONSORCIO PROMOTOR PELDAÑOS Y CONSTRUCCIONES que debía construir la obra mediante el modelo presentado en su propuesta licitatoria y que fue objeto de adjudicación, cuando no pudo conseguir los recursos con las preventas, cambió el modelo propuesto para la financiación, incumpliendo los términos previstos en la licitación (...).”

“La tardanza en la ejecución de las obras por parte de los demandantes, es tan evidente que a 19 de noviembre del año 2.000, 24 de marzo 24 (sic) del 2.001 y a la fecha en que se suspendieron las obras, apenas se acercaban a realizar la mitad del proyecto (...).

“.....

“Por otra parte se vislumbra el incumplimiento del convocante de las Condiciones generales de la Convocatoria que obran en el expediente, en los siguientes aspectos (...).

“.....

“Las anteriores consideraciones permiten concluir que los integrantes del consorcio incumplieron con sus obligaciones, pero que además se les advirtió que estudiaran todos los riesgos que se podían presentar en la construcción de la obra y sin embargo asumieron y corrieron el riesgo de construir la obra”.

Y con base en lo expuesto el Tribunal de Arbitramento desestimó la existencia de un nexo de causalidad al concluir que *“... no es posible atribuirle al Municipio de Pasto responsabilidad por la imposibilidad de cumplir con el objeto social y por la imposibilidad de obtener ganancias”.*

Así las cosas, la Sala reitera que la fuerza mayor, en cuya virtud los Árbitros arribaron a la conclusión de que no le asistía responsabilidad contractual a la parte convocada, consistió en un aspecto inherente, propio del debate jurídico procesal que le fue propuesto a la Justicia Arbitral, por cuanto el estudio de causas extrañas *“... convoca al análisis de la eventual inexistencia de uno de los elementos de la responsabilidad como es el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la administración y el daño alegado ...”*³⁵.

A lo anterior se adiciona que a propósito de las causales eximentes de responsabilidad, la Sala avanzó en su Jurisprudencia en el sentido de precisar que más allá de romper el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño deprecado, la causa extraña excluye la imputación en contra del Estado, tal como lo consignó la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes y precisos términos:

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 19.839; M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar, entre muchas otras providencias.

“Así pues, aunque constituye prácticamente una cláusula de estilo en la jurisprudencia contencioso administrativa el sostener que la configuración, en un caso concreto, de alguna de las denominadas “causales eximentes de responsabilidad” —fuerza mayor, caso fortuito y hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— conduciría a la ruptura o a la interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino, en estricto rigor y en consonancia con todo cuanto se ha explicado, lo que realmente sucede cuando se evidencia la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada; es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas “eximentes de responsabilidad” no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación”³⁶. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

De ese modo, comoquiera que la existencia de una causa extraña impide estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque a través de ella se imposibilitó la configuración del exigido nexo de causalidad, pero además –con contundencia mayor– porque las causales “eximentes de responsabilidad” se erigen en realidad como excluyentes de imputación en cabeza de la entidad pública demandada, resulta libre de cualquier duda que el juez de conocimiento, en este caso los Árbitros³⁷, podían y debían establecer, como en efecto lo hicieron, si le asistía responsabilidad patrimonial y contractual a la parte convocada, labor que, se insiste en ello, comportaba la determinación del alegado nexo de causalidad y si al avanzar en ese análisis verificaron la imposibilidad de su estructuración por razón o en atención a la presencia de una causa extraña –como lo es la fuerza mayor– obligatoriamente así debían ponerlo de presente como parte elemental de la fundamentación de su negativa a acoger las pretensiones de la demanda, independientemente de que ese asunto hubiere sido, o no, alegado por la demandada en su defensa o propuesto por el Ministerio Público.

A propósito de lo que se ha dejado expuesto acerca del deber en el cual se encontraban los Árbitros para declarar la configuración de una causa extraña

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 17.145.

³⁷ Al respecto, la Sala ha considerado que: “(...) en tanto se entiende a la Justicia Arbitral como “... una opción alternativa a la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir las controversias generadas a propósito de los contratos estatales ...” (se destaca), resulta dable concluir que los árbitros, al momento de encontrarse legítima y transitoriamente revestidos de Jurisdicción para conocer de las controversias generadas en los contratos estatales ocupan, de manera temporal, el lugar que precisamente la ley ha previsto en principio y por regla general para que sean los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de junio de 2006, exp. 32.398, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en sentencias de 19 de agosto de 2009, exp. 34.595, con ponencia de la misma Consejera de Estado y de 17 de abril de 2013, exp. 42.532].

dentro del proceso por ellos conocido una vez verificada, no obstante que su existencia no hubiere sido propuesta por una de las partes, conviene destacar diversos pronunciamientos de la Sala, a través de los cuales se ha determinado sobre la facultad que le asiste al juez de conocimiento para abordar el estudio de temas que, dada su importancia, deben abordarse y establecerse, pese a que no hayan sido propuestos a lo largo del proceso.

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al unificar su Jurisprudencia en punto a la competencia del Juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, consideró:

“Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

***En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo”.* (Se destaca).**

En línea con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que en aquellos casos en los cuales el juez advierta la falta de competencia como vicio de validez de un determinado acto administrativo, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad³⁸:

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292.

“(…) comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad³⁹; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

‘En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o racione temporis que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador⁴⁰.

Posteriormente, en igual sentido y resaltando la trascendencia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas, esta Sección expresó al respecto:

‘En virtud del principio de legalidad⁴¹, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

*‘La jurisprudencia de la Sección Tercera⁴² ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **‘la incompetencia** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos*

³⁹ La doctrina ha expuesto sobre el tema: **“De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente.”** (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴¹ Nota original: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” Cfr. VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

⁴² Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse⁴³.

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁴⁴:

(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina⁴⁵, ha considerado que "... por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador⁴⁶.

"Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)" (la negrilla no es del texto original).

"La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

"Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal⁴⁷".

Asimismo, la Sala ha concluido acerca de la procedencia de declarar –de manera oficiosa– la nulidad absoluta de los contratos estatales –o de sus cláusulas–, tal como lo evidencian, entre muchos otros, los siguientes pronunciamientos:

⁴³ Nota original: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

⁴⁴ Nota original: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo Señal Editora*, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, "... permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición". Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un "**vicio muy grave**", calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

⁴⁶ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324.

- Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 15.239, dentro de la cual se señaló:

“Establecida la violación legal en que incurrieron las partes del contrato de arrendamiento No. 052348, al pactar la cláusula sexta del mismo, se impone precisar el efecto jurídico que ello genera, el cual no es otro que la nulidad absoluta que en el presente caso se configura por múltiples y variadas vías, así:

En cuanto el artículo 15 del Decreto-ley 222 de 1983 dispuso que los requisitos del objeto lícito se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias, se impone concluir que la cláusula en cuestión se encuentra afectada de ilicitud, como quiera que el artículo 1519 del Estatuto Civil prescribe que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”.

En cuanto el aludido artículo 58 del Estatuto de Contratación Administrativa, adoptado en el año de 1993, forma parte integrante del derecho público de la Nación, naturalmente hay lugar a concluir que la violación del mismo mediante la cláusula contractual en estudio determina la nulidad de aquella por ilicitud en su objeto.

También se advierte la configuración de nulidad absoluta por la señalada ilicitud en el objeto, respecto de la cláusula contractual aludida, si su análisis se realiza a la luz del artículo 1523 del Código Civil, como quiera que el mismo dispone que “[h]ay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”, lo anterior en cuanto se ha establecido que el artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983 prohibió, de manera expresa, las prórrogas automáticas en los contratos que celebraren las entidades públicas destinatarias de esa normativa.

Esas vías conducen, indefectiblemente, a concluir sobre la existencia de la nulidad absoluta que afecta la cláusula en cuestión, como quiera que el artículo 1741 del Código Civil determina que “[l]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita ... son nulidades absolutas”.

“

Ahora bien, en cuanto se ha establecido claramente que la cláusula sexta del contrato de arrendamiento No. 052348 de 1989 se encuentra viciada de nulidad absoluta y se encuentra acreditado también que al proceso concurren las dos (2) partes que la estipularon, esto es el municipio de Santiago de Cali en su condición de entidad contratante y la firma Data Base System Ltda., en su calidad de contratista particular, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, teniendo en consideración para ello la autorización consagrada tanto en el parágrafo del artículo 78⁴⁸ del Decreto-ley 222 de 1983 como en el artículo 87⁴⁹ del C.C.A., y

⁴⁸ A continuación se transcribe el parágrafo del artículo 78 del Decreto-ley 222 de 1983:

“PARÁGRAFO.- Las causales aquí previstas [se refiere a las causales de nulidad absoluta] pueden alegarse por el ministerio público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes”. (Se deja subrayado).

⁴⁹ Así lo establece el inciso 3 del artículo 87 del C.C.A.:

el deber-facultad que sobre el mismo aspecto consagra e impone el artículo 1742⁵⁰ del Código Civil”.

- Sentencia de 2 de mayo de 2013, expediente 24.603, dentro de la cual se indicó:

“Así las cosas, en el entendido de que: **i)** el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 incorporó expresamente al régimen legal de la Contratación Estatal las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común; **ii)** el artículo 1741 del Código Civil consagra como causal de nulidad absoluta la ilicitud en el objeto; **iii)** el artículo 1519 de la Codificación Civil dispuso que existe objeto ilícito en aquellos casos en que el objeto del contrato contravenga normas de Derecho Público de la Nación; **iv)** El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 –norma de Derecho Público de la Nación–, impone, al contratista particular, el deber de constituir una garantía única para respaldar o asegurar el cumplimiento de los contratos estatales; **v)** El artículo 17 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, dispuso que “en los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa”; y, **vi)** En el numeral 12 de la cláusula cuarta del contrato No. DCS-142-97, suscrito entre ECOPEPETROL y HELITEC S.A., las partes estipularon que “el contratista asumirá la responsabilidad por daños y pérdidas en la propiedad, heridas o muerte de cualquier persona o personas, incluyendo su propio personal, resultante de las operaciones, cuando a ello hubiere lugar, de acuerdo con las leyes de la República de Colombia. El contratista se obliga para con Ecopetrol a indemnizar todos los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las medidas de seguridad que debe observar el contratista en el desempeño del contrato. Se exceptuará la responsabilidad sólo por fuerza mayor y caso fortuito”.

Por lo tanto y atendiendo las reglas de interpretación de los contratos antes referidas, la exclusión en estudio convenida en la póliza de seguros No. 0542910 ha de tenerse por nula⁵¹, comoquiera que su objeto vulnera el

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”. (Se ha subrayado).

⁵⁰ El artículo 1742 del Código Civil determina:

“Artículo 1742.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. (Las subrayas no pertenecen al texto).

⁵¹ Recuérdese lo normado en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, por cuya virtud:

“Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta **La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.**

“En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre” (negritas por fuera del texto).

En igual dirección, lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil, a cuyo tenor:

Derecho Público de la Nación, en la medida en que su alcance torna imposible el cumplimiento del objeto mismo del contrato de seguro de responsabilidad extracontractual, riesgo cuyo amparo se encontraba ordenado tanto por la Ley 80, como por el Decreto 679 de 1994.

En efecto, otorgarle validez a la referida exclusión implicaría necesariamente desconocer las obligaciones contractuales asumidas voluntaria y expresamente por HELITEC S.A., en el sentido en que ésta se comprometió frente a ECOPETROL a mantenerla indemne por la eventual responsabilidad extracontractual que se pudiese derivar de la ejecución del objeto del contrato y con dicho fin debió tomar las pólizas necesarias y suficientes para garantizar la mencionada obligación; es decir, si se tiene en cuenta que: en primer lugar, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de suscripción del contrato, ordenó que resultaba necesario la constitución de una garantía única de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; en segundo lugar, que una de las obligaciones propias del contrato No. DCS-142-97, era la de que HELITEC S.A., mantendría indemne a ECOPETROL por la responsabilidad extracontractual derivada de los perjuicios que se causaren como consecuencia de la ejecución que se encontraba a su cargo; y, en tercer lugar, que para tal efecto ECOPETROL solicitó a HELITEC S.A., la suscripción de una póliza de seguros que amparara dicha obligación, resulta de lo anterior necesariamente que la referida exclusión constituye una disposición abiertamente contraria al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, contraviene el Derecho Público de la Nación.

Por lo demás, bueno es reiterar que la conducta desplegada por CONFIANZA S.A., resulta violatoria de la buena fe que rige la celebración y ejecución de los contratos tanto comerciales como los estatales, atendiendo el carácter totalmente abusivo e inusual que dicha exclusión comporta en el marco de un contrato cuyo objeto lo constituye, precisamente, el amparo de los riesgos que puedan configurarse por razón o con ocasión de las actividades de transporte aéreo; se debe tener en cuenta que en los términos del artículo 871 del Código de Comercio, “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” y, en idéntica dirección, lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil, a cuyo tenor: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

No sobra destacar aquellas consideraciones expuestas en forma reiterada por la Sala, en cuanto apuntan a advertir sobre la exigencia previa de existencia del contrato para el ejercicio de la acción contractual, cuya inobservancia de tal presupuesto releva por completo al juez de la causa de analizar el fondo del asunto, según se expuso en la siguiente decisión:

“Como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual exige como presupuesto indispensable la existencia de un contrato cuya acreditación, como resulta apenas natural, debe realizarse de manera regular y oportuna

“ARTICULO 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria” (negritas por fuer del texto).

dentro del proceso, con la excepción que cabe predicar respecto de los eventos en los cuales se discuta o se pretenda la declaratoria de la existencia misma del vínculo contractual.

“

Y sucede entonces que la ausencia de prueba en relación con el contrato escrito resulta relevante para el caso que se estudia, dada la exigencia de esta formalidad como prueba de la existencia en todos los contratos celebrados por las entidades del Estado, regidos por el Estatuto de Contratación Estatal. Así debe entenderse el contenido de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la fecha en la cual aparentemente habría sido suscrito el contrato No. 053 de 1995.

En el presente caso el actor, a quien correspondía la carga de demostrar la existencia del contrato principal y de sus antecedentes, no acreditó con documento idóneo tales hechos, omisión que imposibilita a la Sala determinar si en realidad las partes celebraron el mencionado contrato, así como las prestaciones convenidas y aquellas ejecutadas.

Ante la ausencia de prueba acerca de la existencia del contrato que debió servir de presupuesto, fuente y fundamento para el ejercicio de la correspondiente acción contractual, resulta jurídicamente imposible examinar si el Municipio de Medellín habría celebrado el contrato en cuestión; si además habría cumplido o incumplido con sus obligaciones contractuales; el término de caducidad de la respectiva acción contractual incoada ante el Tribunal a quo, cuya providencia fue recurrida ante esta instancia, o la procedencia, o no, de revocar el acto administrativo por medio del cual se declaró el siniestro⁵².

Como lo reflejan con claridad meridiana los pronunciamientos antes descritos, existen diversos y variados aspectos, tanto procesales como sustanciales, que deben analizarse por parte del juez de conocimiento y definirlos, pese a que los mismos no hayan sido alegados o propuestos por los distintos sujetos procesales, tales como, a título ilustrativo, se encuentran **a)** la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida; **b)** la existencia de una falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva–; **c)** la ineptitud sustantiva de la demanda; la nulidad de un acto administrativo por falta de competencia y **d)** la exigencia previa de existencia del contrato para el ejercicio de la acción contractual, aspectos éstos que, sumados a la existencia de una causa extraña como excluyente de imputación, deben definirse dentro del proceso judicial.

De conformidad con todo lo expuesto, la Subsección estima que la configuración de una causa extraña, para este caso una fuerza mayor como excluyente de la imputación expuesta en la demanda, constituía un aspecto esencial del litigio dirimido en sede arbitral, pues a través de aquel se pretendía lograr la declaratoria de responsabilidad patrimonial y contractual del Municipio de San Juan de Pasto y

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2012, exp. 18.168.

de ASMEPAS, por manera que mal podría sostenerse entonces que la aludida causal exonerativa de responsabilidad no podía ser advertida, verificada, declarada y/o invocada por el Tribunal de Arbitramento al momento de resolver sobre las aludidas pretensiones de responsabilidad contractual.

Ahora bien, la parte recurrente, pese a que en su impugnación también se ha referido al argumento del Ministerio Público bajo el término de “*eximente de responsabilidad*”, lo cierto es que la orientación e inclinación de sus señalamientos apuntan a tratar como una “*excepción*” aquel aspecto, por el hecho de que el Tribunal de Arbitramento, en su decisión principal, así denominó al mencionado tema en el numeral primero de la parte resolutive del Laudo, cuestión que llevó a que la parte convocante edificara la causal de anulación sobre la base de que el argumento que propuso el Ministerio Público consistía en medio exceptivo y que por esa razón no lo podía proponer en su intervención final.

La Sala descarta que lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento con ocasión de la intervención del Ministerio Público hubiere sido una excepción, toda vez que así lo determinó dicho Tribunal de manera expresa dentro del auto aclaratorio del laudo arbitral, puesto que removió por completo la expresión “... *se declara probada la excepción de fuerza mayor* ...” contenida en el numeral primero de la parte resolutive del laudo y además porque, según lo ha expuesto con claridad y uniformidad la Jurisprudencia consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la fuerza mayor o el caso fortuito no constituyen realmente una excepción:

“(...) los fenómenos de fuerza mayor o caso fortuito, no constituyen propiamente medios exceptivos y carecen de tal connotación, debido a que no están dirigidas a enervar las pretensiones procesales a través de elementos que las extingan, modifiquen o dilaten, sino que se encuentran encaminados a reargüir los supuestos fácticos que erigen la acción en ejercicio del genérico derecho de defensa”⁵³.

Pero es más, aún si el Tribunal de Arbitramento le hubiese dado el tratamiento de excepción a aquel argumento que planteó el Ministerio Público en su concepto, ello, a juicio de la Subsección, tampoco habría afectado en modo alguno la validez del laudo arbitral, puesto que, como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Sala,

“... conforme al artículo 306 del C. de P. C., aplicable al laudo arbitral examinado, según se vio en precedencia, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la

⁵³ *Ibídem.*

sentencia, salvo las de prescripción, compensación, y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda⁵⁴. (Subrayas del original).

En línea con lo anterior, la Sala también ha sostenido lo siguiente⁵⁵:

*“No obstante el silencio de la entidad demandada, que no hizo una adecuada defensa de sus intereses, en virtud de lo normado por el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A. el Juez Administrativo, sin limitación alguna, tiene competencia para declarar en la sentencia definitiva todas las excepciones que encuentre probadas dentro del proceso, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil*⁵⁶”.

De otro lado, en cuanto a las potestades que le asisten al Procurador General de la Nación, a sus Delegados y/o a sus Agentes en relación con la participación en los procesos judiciales en los cuales intervienen, se advierte que en efecto a través de providencia de 27 de septiembre de 2012⁵⁷, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su Jurisprudencia en punto al aludido tema y mediante dicha decisión, lejos de restarle significado e importancia a la función de intervención de la Procuraduría General de la Nación dentro de los procesos judiciales, se destacó tal actividad en el sentido de considerar, precisamente, que se trata “... de un sujeto procesal que con total independencia y autonomía de las partes **defiende los principios de legalidad**, de prevalencia del interés general, y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos” (se destaca), lo cual permite incluso predicar que el Procurador Judicial que mediante su concepto señaló que en el caso sometido a consideración de los Árbitros existía una causal eximente de responsabilidad contaba con la potestad para ello.

Y es que el hecho de que se predique, como lo hizo la Sala en la citada providencia de Unificación Jurisprudencial, que el Ministerio Público no puede desplazar “... injustificadamente a las partes en relación con sus cargas, deberes y obligaciones dentro de la actuación procesal”, claramente apunta a cuestiones en las cuales dicho ente de control se atribuye un interés distinto a aquel que le asiste

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2006, exp. 29.704; MP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 14.287.

⁵⁶ El Art. 306 del C. de P. exceptúa, del reconocimiento oficioso, las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa.

⁵⁷ Expediente número 44.541; M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

de conformidad con la ley para actuar en los procesos judiciales, como por ejemplo cuando interpone un recurso contra una providencia que claramente pudo recurrirla la parte respectiva y que no afecta el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales.

En el caso *sub examine*, se itera, las argumentaciones empleadas por el Ministerio Público dentro del concepto por él emitido ante el Tribunal de Arbitramento, en cuya virtud se planteó una situación jurídica que a la postre fue aceptada por los árbitros, fueron producto de la facultad o potestad que le asistía al Procurador Judicial como sujeto procesal en el trámite arbitral, pero el hecho de que su concepto de fondo hubiere favorecido la postura de una de las partes –como igual sucede con la decisión final, fallo o laudo– mal podría entenderse como una suplantación o coadyuvancia de una de las partes, puesto que incluso estas desplegaron sus actuaciones a lo largo del proceso en procura de defender sus respectivos intereses y sacar adelante sus correspondientes posturas, opuestas y antagónicas entre sí.

De otro lado resulta importante señalar que la parte impugnante ha entendido que la razón de denegar las súplicas de la demanda habría provenido, única y exclusivamente, de la circunstancia de que los árbitros habrían aceptado el criterio del Ministerio Público, cuestión que en buena parte obedeció –o mejor– se reflejó en la determinación, incluso si se quiere netamente formal o técnica, contenida en el primer numeral de la parte resolutive del laudo arbitral.

Sin embargo, al analizar en su integridad el contenido del laudo arbitral censurado, se puede establecer, con claridad meridiana, que antes de que el Tribunal de Arbitramento se ocupara de estudiar, mediante un acápite final e independiente a los demás, el concepto del Procurador Judicial, la litis ya había sido definida en forma previa por los árbitros, quienes antes de abordar dicho concepto habían expuesto las razones por las cuales consideraban que la pretensión principal, encaminada a lograr la declaratoria del incumplimiento contractual, no estaba llamada a prosperar, porque a juicio del propio Tribunal no existía responsabilidad patrimonial del ente contratante.

En efecto, dentro del laudo arbitral los Árbitros desestimaron que la causa del daño alegado por la parte convocante hubiere consistido en aspectos atinentes a la licencia ambiental y descartaron, por lo tanto, que ello hubiere constituido la

causa de la suspensión de las obras, al punto que consideraron que si las irregularidades que se presentaron con ocasión de la licencia ambiental no se hubieren configurado, de todas maneras el fallo del Consejo de Estado se habría mantenido⁵⁸.

Incluso el Tribunal de Arbitramento anticipó el argumento que más adelante **reiteraría** en relación con la causa directa y determinante de la suspensión de la ejecución de las obras, esto es el fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de una acción popular, tal como se consignó a lo largo de la decisión arbitral en los siguientes términos:

*“Si la licencia ambiental a pesar de su condicionamiento, aún está vigente y con posterioridad al fallo del Consejo de Estado, se han realizado obras como el patinódromo, pista de bicigrós, pista de atletismo y otras a las que se refirió el presidente de ASMEPAS en la declaración rendida en este proceso, quiere decir que tal condicionamiento de ninguna manera impidió la ejecución del contrato, **pues ésta deviene de la orden dada [en la] sentencia del Consejo de Estado**, de la cual se reitera este Tribunal no revisa si sus fundamentos fueron los pertinentes o no”.*

“.....

*“Ante este razonamiento podría presentarse que ante la omisión que se atribuye al Municipio, cabría responsabilidad por el acto que se alega como omitido, sin embargo, en la medida que la alegada omisión, no fue la causante de la suspensión de las obras derivadas del contrato, **sino que la suspensión se debió a una orden dada en la sentencia que protegió el derecho a la seguridad pública** (...).*

“Siendo imprevisible la decisión que pudiera tomarse en esa acción e irresistible su cumplimiento so pena de rayar en el campo penal, disciplinario, por fraude o incumplimiento a resolución judicial, fue que el Municipio de Pasto, cumplió con la orden de suspender las obras, lo que permite excluir de responsabilidad al Municipio de Pasto.

***“Y es que es tan imprevisible la decisión pueda tomarse en un proceso judicial,** que el Tribunal Administrativo de Nariño, no encontró procedente la viabilidad de la demanda de acción de grupo (sic), negando sus pretensiones. Así mismo no se podía prever cuál sería el fallo del Consejo de Estado. No se podía exigir al municipio que previera la decisión de una autoridad judicial y se reitera uno fue el pensamiento del Tribunal Administrativo de Nariño y otro el*

⁵⁸ En ese sentido, los árbitros señalaron:

“(...) aún cuando, no se hubiere presentado el argumento referente a la licencia, el fallo del Consejo de Estado no habría variado, luego la relación de causalidad entre el hecho aducido por el convocante y el perjuicio alegado, se rompe, no aparece como determinante, puesto que si se hubiera cumplido con las obligaciones impuestas en la licencia ambiental, en nada habría cambiado el fallo del Consejo de Estado y de todas maneras se habría ordenado la suspensión de las obras a que se obligaron mediante la escritura 934, porque aún haciendo abstracción del tema relacionado con la licencia ambiental, la amenaza a la seguridad pública en los términos concebidos por el Consejo de Estado, se mantenía y como ese fue el derecho que constituye la esencia del daño, sus consecuencias serían las mismas, es decir la suspensión de las obras”.

del Consejo de Estado. Es más en relación con temas relacionados al estadio por construir, hubo otras acciones populares, que no prosperaron". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Más adelante los Árbitros atribuyeron un incumplimiento contractual, pero respecto del consorcio contratista, así:

*<<Las anteriores consideraciones permiten concluir que los integrantes del consorcio **incumplieron con sus obligaciones**, pero que además se les advirtió que estudiaran todos los riesgos que se podían presentar en la construcción de la obra y sin embargo asumieron y corrieron el riesgo de construir la obra>> (Se destaca).*

Y como si fuere poco, que en modo alguno lo es, los Árbitros, antes de entrar a pronunciarse en relación con el concepto del Ministerio Público, concluyeron:

"Tratándose de una asociación, todos sus asociados tenían un fin común. Existiendo incumplimiento de los demandantes y una decisión del Consejo de Estado que finalmente, por no haber terminado las obras a tiempo, tuvo la oportunidad de ordenar su suspensión, no es posible atribuirle al Municipio de Pasto, responsabilidad por la imposibilidad de cumplir con el objeto social y por la imposibilidad de obtener unas ganancias". (fls. 131 y 132 c ppal).

De conformidad con lo expuesto, para la Subsección no existe el menor asomo de duda de que el Tribunal de Arbitramento, antes de analizar lo conceptuado por el Ministerio Público, ya había definido el litigio a favor del ente territorial convocado, puesto que: **i)** desestimó que el daño alegado fuese atribuible al Municipio de San Juan de Pasto; **ii)** predicó el incumplimiento contractual pero frente a la parte convocante y **iii) atribuyó el cese de la ejecución de las obras al fallo del Consejo de Estado**, cuestión que precisamente **retomó** al estudiar el concepto tantas veces aludido del Procurador Judicial, el cual radicó y consistió en el mismo punto, sólo que en ese nuevo capítulo del laudo se le dio la virtualidad de fuerza mayor, pero que, se insiste en ello, ya había sido determinado por los árbitros como un aspecto que impedía estructurar la responsabilidad contractual de la Administración.

Lo anterior se reflejó en la decisión definitiva contenida en el numeral segundo de la parte resolutive del laudo arbitral, en la cual se dispuso: *<<SEGUNDO. Se declara no probado el incumplimiento del Municipio de Pasto, en los términos planteados por la parte convocante>>.*

Finalmente, la Subsección advierte que dentro del cargo de anulación que aquí se analiza, la parte convocante formuló diversos argumentos encaminados a cuestionar los razonamientos del Tribunal de Arbitramento en punto a la existencia de una fuerza mayor como casual eximente de responsabilidad, así como a señalar que la causa que llevó a la suspensión de la ejecución de las obras sí habría obedecido a actuaciones imputables a la parte convocada, aspectos que escapan por completo a la competencia del Consejo de Estado en el estudio y definición del recurso extraordinario de anulación, pues se reitera que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del correspondiente Tribunal de Arbitramento y, por lo tanto, la Sala no puede intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que el recurrente no comparta sus criterios o razonamientos.

Por consiguiente, la primera causal de anulación deprecada no prospera.

6.2.- Causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993: <<*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*>>.

6.2.1.- Argumentación de la causal.

La parte convocante señaló:

“Esta causal se fundamenta en que el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre todas las pretensiones de la demanda; solamente estudió la primera pretensión de la demanda (número 5.1.), y la segunda (número 5.2.), pero omitió pronunciarse sobre la número 5.3. y siguientes”.

A juicio de la parte impugnante, la pretensión contenida en el numeral 5.3., no es subsidiaria de las dos que le precedieron, por cuanto comprende la declaratoria de responsabilidad del municipio accionado por todas las acciones y omisiones que llevaron a que la parte convocante no pudiera recuperar los gastos y costos ejecutados, con lo cual se le habría causado un daño antijurídico consistente en un daño emergente y un lucro cesante.

En ese sentido sostuvo que al solicitar “[q]ue se declare que como consecuencia de las acciones y omisiones del Municipio de Pasto’, se está haciendo relación a todas las acciones y omisiones, no solamente al tema de la licencia ambiental contenido en la pretensión 5.1., sino a todas las acciones y omisiones del

Municipio de Pasto que se invocaron en la demanda y/o que se probaron en el proceso, también en aplicación del principio lura Novit Curia”.

Posteriormente, la parte impugnante diseñó un acápite denominado “*El fundamento fáctico de la demanda y lo probado dentro del proceso*”, cuyo fundamento consistió en transcribir buena parte de la providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 7 de junio de 2011, proferida dentro de la acción popular distinguida con el No. AP-166, para sostener, de nuevo, que la decisión de suspender la ejecución del contrato sí provino de actos atribuibles al Municipio de San Juan de Pasto, así:

“Con lo expuesto se demuestra, que fueron las decisiones tomadas por el Municipio (decisión de construcción de un estadio en una zona de riesgo, conocida por el Municipio, inmueble que constituyó parte del aporte económico a la asociación) lo que generó la suspensión de las obras por parte del Consejo de Estado y a su vez la causación de un daño antijurídico al Consorcio Promotor lo que a todas luces es imputable al Municipio por violación del derecho colectivo a la seguridad colectiva”. (fl. 315 c ppal).

6.2.2.- Consideraciones sobre la causal invocada⁵⁹.

La causal de nulidad que se analiza se encuentra orientada a preservar el principio de congruencia de los fallos judiciales, el cual encuentra consagración en el artículo 305 del C. de P. C., en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto-ley 2289 de 1989, en cuya virtud “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”, mandato legal que impone al juez de la causa, la concordancia del fallo para con las pretensiones y los hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada.

El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que las facultades de ese juez especial y transitorio devienen de la voluntad de las partes materializada en el pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, facultades que deben ejercerse con estricto apego a las restricciones convenidas por las partes.

⁵⁹ Se recogen las consideraciones generales que respecto de esta causal ha edificado la Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación, las cuales se plasmaron, entre muchas otras providencias, en sentencia de 7 de marzo de 2010, exp. 36.838. M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

La incongruencia puede presentarse de tres formas: **i)** cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (*plus petita* o *ultra petita*); **ii)** cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (*extra petita*) y **iii)** cuando se deja de resolver sobre lo pedido (*citra petita*).

La causal enunciada también encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según la cual la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes.

La Jurisprudencia de la Sala ha considerado que “... *la causal invocada se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos ...*”⁶⁰.

También ha precisado la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (*citra petita*) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador⁶¹.

Igualmente se ha señalado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar *minima petita*, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

“Por otra parte, explican tales reflexiones que el defecto aludido, cuando se presenta por mínima petita, no vicia de nulidad la sentencia, ni siquiera parcialmente; sólo obligará al juez de la casación a efectuar la corrección necesaria. Por ello, también constituye un remedio para tal defecto, en el caso indicado, la adición de la sentencia, que puede solicitarse dentro del término de ejecutoria de la misma, conforme al artículo 311 del C. de P. C., o al interponer el recurso de apelación. Tratándose de la anulación del laudo arbitral, el tema no ofrece duda alguna, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, cuando prospera la causal 9ª del artículo 38 del mismo decreto -correspondiente a la causal 5ª del artículo 72 de

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 20 de mayo de 2004, exp. 25.759; de 2 de marzo de 2006, exp. 29.703, ambas con ponencia del señor Consejero de Estado Alier Eduardo Hernández Enríquez, entre otras decisiones.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.526. M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

la Ley 80 de 1993-, entre otras, el laudo no se anulará, sino que se adicionará.”⁶².

6.2.3.- Resolución de la causal.

La Sala encuentra que, contrario a lo expuesto por la parte convocante, los árbitros sí se pronunciaron de manera expresa en relación con las pretensiones contenidas en los numerales 5.3 y siguientes, pues así lo evidencia de manera clara y unívoca la parte resolutive de la decisión arbitral cuestionada, en cuyo numeral tercero se dispuso:

“TERCERO. Por cuanto no se declara la prosperidad de la primera pretensión de la demanda, no es procedente acceder a las demás [pretensiones] propuestas respecto de la terminación, liquidación, la no recuperación de los costos y gastos ejecutados, pago de daños materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, aplicación de artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., por cuanto se propusieron como consecuenciales de la primera pretensión. En cuanto a Costas, sin lugar a regularse de acuerdo a la parte motiva, para ninguna de las partes intervinientes”.

La anterior determinación fue fundamentada y explicada en el respectivo Laudo arbitral, en los siguientes términos:

“PRETENSIONES

“Se ha presentado con la demanda un grupo de pretensiones, de las cuales la primera, figura como principal y las demás figuran como consecuenciales.

“Cuando a la acumulación de pretensiones se formulan todas como principales, no le queda otra opción al fallador, sino estudiar, referirse y pronunciarse sobre todas y cada una de ellas.

“Otra opción es presentar una acumulación, formulando unas como principales y otras como subsidiarias, de tal manera que se (sic) no prospera la principal, se debe[n] estudiar las pretensiones formuladas como subsidiarias.

“Entre las múltiples formas de acumular pretensiones, se puede optar por acumular pretensiones, presentando una o varias como principales y otras como consecuenciales. En este tipo de acumulación, la pretensión principal le sirve de soporte a la pretensión consecuencial, de tal manera que si no prospera la principal o principales, las pretensiones consecuenciales no pueden ser objeto de pronunciamiento.

“Para que la sentencia sea congruente debe existir una armonía entre los límites impuestos en la cláusula compromisoria, las pretensiones de la demanda y la decisión contenida en el fallo.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 28.308. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“Son las partes, quienes delimitan los topes entre los cuales se puede mover el juzgador, mas aún tratándose de procesos generados por el pacto definido por los contratantes.

“La demanda que dio origen al conocimiento de este asunto, contiene varias pretensiones. La primera de ellas mediante la cual se pide se declare un incumplimiento, fue propuesta como principal y todas las demás pretensiones que tenían por objeto la terminación del contrato, que los demandantes no pudieron recuperar ninguno de los gastos y costos ejecutados, liquidación, reconocimiento de perjuicios consistentes en daño emergente y lucro cesante, se condene a dar cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., condena en costas, fueron formuladas como consecuenciales.

“No prosperando la única pretensión principal propuesta en la demanda y la que sirve de fundamento a las demás, por la forma en que fueron propuestas las pretensiones, no es posible pronunciarse sobre las pretensiones consecuenciales, para no incurrir en un fallo que se pueda atacar por incongruente”. (fls. 152 y 153 c ppal).

Además de lo anterior –al margen de establecer si la pretensión contenida en el numeral 5.3., de la demanda consistió, o no, en una petición autónoma e independiente de las dos pretensiones anteriores a ella–, la Sala encuentra que el Tribunal de Arbitramento, a lo largo de su decisión, analizó de manera genérica la actividad de la entidad territorial convocada, pues se reitera que en el laudo se abordó la resolución del caso a partir del cumplimiento contractual por parte del ente contratante y dentro de dicho estudio se pronunció en relación con los diversos actos –precontractuales y contractuales– por esa entidad estatal ejecutados, lo cual se reflejó en la consideración final encaminada a desestimar la responsabilidad del ente convocado por la imposibilidad del contratista en cumplir *“... el objeto social y por la imposibilidad **de obtener unas ganancias**”* (se destaca), lo cual abarcó precisamente el *petitum* de la tercera pretensión (5.3.), mediante cuya formulación se persiguió la obtención del reconocimiento de los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento contractual de la entidad contratante.

A lo anterior se adiciona que la parte impugnante, mediante la segunda causal de anulación propuesta, insistió en endilgarle a su contraparte la responsabilidad patrimonial y contractual a través de los actos que el Municipio de San Juan de Pasto habría adoptado o ejecutado, aspecto cuyo análisis y determinación, se insiste, resulta ajeno al recurso extraordinario de anulación.

En consecuencia, esta última la causal no prospera y, por lo mismo, el recurso extraordinario tampoco, por lo cual la parte recurrente será condenada en costas,

de conformidad con lo normado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19⁶³ de la Ley 1395 de 2010 –modificatorio del artículo 392 del C. de P. C.–, se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

Los numerales 3° y 4° del artículo 393 del C. de P. C., disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta *i)* la naturaleza, *ii)* la calidad y *iii)* la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁶⁴

Pues bien, al Municipio de San Juan de Pasto y a ASMEPAS, en principio, les correspondía ejercer su defensa en relación con el recurso extraordinario de anulación que interpuso el Consorcio Promotor Peldaños y Construcciones, para lo cual el ordenamiento jurídico vigente prevé una única oportunidad procesal con tal propósito, esto es la presentación de los respectivos alegatos de conclusión; sin embargo, como se advirtió dentro del presente fallo, las entidades que

⁶³ <<ARTÍCULO 19. 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. **En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación**>>. (Se destaca).

⁶⁴ Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, numeral 1.12.2.3

integraron la parte convocada no hicieron manifestación alguna en relación con el aludido recurso extraordinario de anulación y no adelantaron actuación alguna durante su trámite procesal.

En ese sentido, por elemental sustracción de materia, la Sala se releva de analizar la calidad de las alegaciones efectuadas por los apoderados de las entidades que integraron la parte convocada y, por consiguiente, se concluye que no hay lugar dentro del presente asunto a la fijación de agencias en derecho a favor de la parte convocada y a cargo de la parte convocante.

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

F A L L A :

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 12 de septiembre de 2012 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio Peldaños y Construcciones S.A., de un lado, y el Municipio de San Juan de Pasto y la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio, del otro.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte impugnante; por Secretaría de la Sección, tásense. No se fijan agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA