

LAUDO ARBITRAL – Causal octava de anulación –Principio de congruencia – Fallos ultra petita extra petita

En lo que atañe a la causal 8a del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 esta Subsección recientemente dijo que ella "busca hacer efectivo el principio de congruencia de las sentencias judiciales que, sin referirse la Sala a la incongruencia por la disonancia con las excepciones del demandado, es desarrollado, entre otros, en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Según éste precepto los fallos judiciales deben estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda y por consiguiente "no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Este vicio in procedendo presenta dos modalidades que son conocidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como fallos ultra petita, cuando se condena al demandado por más de lo pedido, o fallos extra petita, cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda. Pero aún más el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria si la acción ha caducado ya no hay posibilidad, por mandato legal, de ventilar judicialmente la cuestión litigiosa y por ende el juez que asuma el conocimiento de un asunto en estas circunstancias lo estará haciendo sin competencia para ello y por ende finalmente resolverá "puntos no sujetos a la decisión" de ese juzgador, lo que indudablemente configuraría la aludida causal." Pero por supuesto que la causal también se configurará cuando, no obstante haberse pretendido en la demanda, el asunto materia de la decisión no estaba comprendido en la cláusula compromisoria o en el compromiso.

PROMESA – Por otro – Por un tercero – Por sí mismo – Deber del promitente.

Si el promitente prometía puramente por otro (pure de alio promittere) esa estipulación no era válida porque aquel no estaba prometiendo ningún hecho propio y además el tercero no había consentido, pero si el promitente además prometía por sí mismo (de se) la estipulación valía porque entonces el que hacía la promesa se había obligado a realizar un acto propio cual era obtener la ratificación por parte del tercero. En conclusión, cuando el promitente en la promesa por otro asumía una obligación propia, su obligación consistía principalmente en obtener la ratificación por parte del tercero y si este no ratificaba, la obligación mutaba en el deber de indemnizar perjuicios pero nunca en el de satisfacer lo que se había prometido que sería dado o hecho por el tercero. La obligación del promitente es simplemente una obligación de hacer consistente en obtener la ratificación del tercero pero nunca la de satisfacer la prestación que de este se prometió. Pero por supuesto que en ejercicio de la autonomía negocial bien pueden las partes convenir que el promitente no sólo se obligue a obtener la ratificación del tercero sino que también, si este no ratifica, aquel se obligue a satisfacer la prestación prometida. La ratificación del tercero en la promesa por otro no es otra cosa que un acto que determina, por una parte, que el promitente cumpla con su obligación y que, por otra parte, el tercero asuma en ese mismo momento una obligación propia, así que afirmar que el promitente está obligado a mantener la ratificación del tercero es tanto como asegurar que éste no se libera con el pago y que es de su cargo mantener obligado al tercero. En los negocios jurídicos no puede haber obligación sin que el obligado consienta y cuando éste ya está obligado no puede desligarse unilateralmente a su antojo del vínculo obligatorio, razón por la cual también resulta un contrasentido aseverar que al deudor hay que mantenerlo obligado.

LAUDO PROFERIDO EN DERECHO – Fuentes del derecho – Jurisprudencia y Fundamentos – Principio general del derecho de buena fé

Cuando el juez o el árbitro fundamentan total o parcialmente su decisión en alguna de las fuentes del derecho que son externas al contrato, jamás podrá decirse que está decidiendo en conciencia o en equidad y no en derecho. Con otras palabras, si el fundamento total o parcial de la sentencia o del laudo es por ejemplo un principio general del derecho como lo es la buena fe, nunca podrá decirse que por ese motivo se trata de una decisión en conciencia. La labor de todo juzgador al sentenciar sobre situaciones que tienen su origen en negocios jurídicos, implica interpretar, calificar e integrar el convenio negocial que las partes celebraron. La labor de calificar tiene como objeto hacer la valoración jurídica de lo acordado para precisar cuál fue el esquema negocial que emplearon las partes y qué repercusiones jurídicas de ahí se derivan para incorporarlas al negocio convenido. El trabajo de integración persigue agregarle al negocio pactado todas aquellas disposiciones que son externas a él, tales como las normas imperativas, las normas supletivas, los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres. Luego, si el sentenciador apoya su decisión en disposiciones externas al contrato como sería el caso de

fundarse en un principio general del derecho como lo es la buena fe, su sentencia es en derecho y no en conciencia porque no está decidiendo de acuerdo con su íntima convicción o inaplicando la ley por considerar que conduce a una iniquidad o buscando la solución por fuera del ordenamiento jurídico. Pero además, al mirar el texto del laudo impugnado se advierte que el Tribunal analizó el régimen jurídico que él consideró que debía tenerse en cuenta para solucionar el caso y trae a cuento no sólo otras normas jurídicas que estima aplicables sino también jurisprudencia y doctrina, todo lo cual tira por tierra cualquier supuesto fallo en conciencia y no en derecho.

PACTO ARBITRAL –Objeto determinado – Competencia

Se dijo que como el pacto arbitral es un negocio jurídico, él debe tener un objeto determinado o determinable y que como quiera que ese pacto persigue que los árbitros solucionen las diferencias surgidas o que surjan entre las partes, resultaba claro que estas diferencias constituyen precisamente el objeto de ese negocio jurídico y por consiguiente ellas debían ser determinadas o determinables. Se concluyó entonces que si la facultad de los árbitros deviene del pacto arbitral y éste como negocio jurídico debe determinar o permitir determinar las controversias que constituyen su objeto, es conclusión obligada que sólo esas diferencias, y únicamente ellas, pueden ser resueltas por el tribunal de arbitramento porque éste carecerá de competencia para decidir sobre cualquiera otra ya que no estaría comprendida dentro del convenio de arbitraje, o, lo que es lo mismo, no sería parte de su objeto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00087-00(47590)

Actor: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

Demandado: CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y por el **MINISTERIO PÚBLICO** contra el laudo arbitral del 26 de abril de 2013 y su providencia aclaratoria del 14 de mayo de 2013 proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA**, con ocasión del contrato de consultoría No. 460 de 2009.

I. ANTECEDENTES

1. El 2 de junio de 2009 el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA** celebraron el contrato No. 460 con el objeto de *“contratar un consultor para la estructuración técnica, legal y financiera de un mecanismo de vinculación de capital privado para el desarrollo de las obras de infraestructura a ser financiadas mediante las vigencias futuras aprobadas por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante ordenanza No. 280 de 2009 y acompañamiento durante el proceso de selección del (los) privado (s) que lleve (n) a cabo la ejecución de las obras requeridas.”*

2. Como valor total del contrato se fijó la suma de \$478.848.000 la cual sería cancelada de la siguiente forma: una vez suscrita el Acta de Iniciación de Obras se cancelaría el 40% a título de anticipo, luego de la presentación del Informe No. 2 se pagaría el 30% y con la presentación del Informe Final de la Fase I se cancelaría el restante 30% del valor del contrato.

Adicionalmente las partes acordaron que el consultor recibiría una comisión de éxito equivalente al 2% del valor de los contratos de concesión de manos de quienes resultaren adjudicatarios de las concesiones, cuyo valor equivalente al 40% sería cancelado dentro de los 15 días siguientes a la suscripción de los contratos y el restante 60% una vez se acreditaran los cierres financieros o 6 meses después de la suscripción de los contratos cuando no fuere necesario el cierre financiero, o lo que ocurra primero.

3. El término de duración del contrato se pactó en 14 meses contados a partir del 19 de junio de 2009, fecha ésta en la cual se suscribió el Acta de Inicio de Obra.

4. Como consecuencia del contrato de consultoría No. 460 de 2009, el Departamento del Valle del Cauca suscribió los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010 con la sociedad Vías del Valle S.A.S., con la promesa de sociedad Renovación Urbana del Valle S.A.S. y con el consorcio Mi Valle, respectivamente.

En los respectivos contratos de concesión suscritos entre éstas sociedades y el Departamento del Valle del Cauca, aquellas se obligaron a cancelar a favor del consorcio Desarrollo del Valle del Cauca la comisión de éxito equivalente al 2% del valor de sus convenios, quien efectivamente recibió el primer pago correspondiente

al 40% pero no el restante 60%, en razón a que las partes de los contratos de concesión acordaron terminarlos de forma anticipada.

5. Las sociedades **GEICOL S.A.S.**, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.**, todas éstas integrantes del consorcio **DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA**, con fundamento en los hechos que se acababan de sintetizar, pidieron que se declarara el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, la causación de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante que esto último le ocasionó o, en subsidio, que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato, y finalmente, que se efectuara la resolución y liquidación del contrato No. 460 de 2009 en sede arbitral.

Solicitaron, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condenara al convocado al pago actualizado y con los respectivos intereses moratorios de los perjuicios que resultaran probados en el proceso para con ello restablecer el equilibrio económico del contrato No. 460 de 2009.

6. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo el 26 de abril de 2013 mediante el cual la mayoría de sus integrantes resolvió denegar las excepciones propuestas por la parte convocada y acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda pues declaró el cumplimiento de las obligaciones a cargo del consorcio DESARROLLO DEL VALLE, el incumplimiento de las obligaciones que le correspondían al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y finalmente, declaró la liquidación del contrato No. 460 de 2009 de la cual resultó que la parte convocante estaba a paz y salvo en todas sus obligaciones contractuales.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Tribunal de Arbitramento condenó al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago de \$8.616.045.813 por concepto de la indemnización de los perjuicios causados, suma ésta que se ordenó cancelar con los respectivos intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo, y restituir el valor de \$34.303.573 aportado por el consorcio DESARROLLO VALLE DEL CAUCA para el pago de los gastos del proceso arbitral.

Uno de los miembros del Tribunal de Arbitramento salvó su voto porque a su juicio el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA no estaba obligado a pagar la

comisión de éxito pues ésta fue asumida por las sociedades que suscribieron los contratos de concesión No. 001, 002 y 003 de 2010.

7. En virtud de la solicitud de aclaración, corrección y/o complementación del laudo arbitral del 26 de abril de 2013 presentada por la parte convocante y por la parte convocada, el Tribunal de Arbitramento adicionó la parte resolutive del Laudo Arbitral.

8. El **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **MINISTERIO PÚBLICO** interpusieron el recurso de anulación contra el laudo arbitral del 26 de abril de 2013 con fundamento en las causales 6ª y 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

9. El 25 de junio de 2013 la Secretaria del Tribunal de Arbitramento radicó el expediente ante el Consejo de Estado para que se le diera trámite a los recursos que fueron interpuestos.

10. En auto del 22 de julio de 2013 esta Corporación avocó el conocimiento del asunto y corrió el traslado para que se sustentaran los recursos y para que se presentaran los correspondientes alegatos.

II. EL RECURSO DE ANULACION

1. Departamento del Valle del Cauca

El recurrente interpone el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 26 de abril de 2013 y adicionalmente solicita la suspensión provisional de los efectos tanto de esta decisión como del laudo complementario que fue expedido el 14 de mayo de 2013.

Aduce el recurrente que el Tribunal de Arbitramento emitió un fallo en conciencia pues declaró que el Departamento del Valle del Cauca era responsable de los perjuicios solicitados por el consorcio convocante únicamente con fundamento en el principio de buena fe, ignorando el material probatorio que obra en el expediente, las estipulaciones contractuales y las normas jurídicas que regulan el fondo de la controversia.

Fue así como a pesar de la existencia de la Circular Conjunta Externa expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, en la cual se ordenó terminar las operaciones de crédito aprobadas bajo la forma de vigencias futuras, el Tribunal de Arbitramento apeló a su criterio subjetivo para concluir que el Departamento del Valle del Cauca había solicitado la terminación anticipada de los contratos de concesión números 001, 002 y 003 con la única intención de evitar que los concesionarios pagaran la comisión de éxito.

Por otro lado, el recurrente señala que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre puntos que no eran de su competencia pues en lugar de dirimir la controversia que se le planteó en torno al contrato de consultoría No. 460 de 2009 y de constatar que las sociedades concesionarias habían ratificado la obligación de pagar la comisión de éxito en sus respectivos contratos, el laudo arbitral se concentró en juzgar que el Departamento del Valle del Cauca había actuado de mala fe al solicitar la terminación anticipada de los contratos de concesión números 001, 002 y 003.

2. Ministerio Público

Este recurrente solicita la nulidad del laudo arbitral del 26 de abril de 2013 así como del laudo arbitral complementario que fue expedido el 14 de mayo del mismo año con fundamento en las causales establecidas en los numerales 6º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Argumenta el impugnante que el Tribunal de Arbitramento emitió un fallo en conciencia, debiendo haberlo hecho en derecho, pues pretermitió tanto las pruebas obrantes en el expediente como las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Advierte especialmente el recurrente que si el Tribunal de Arbitramento concluyó que el Departamento del Valle del Cauca actuó de mala fe al solicitar la liquidación bilateral de los contratos de concesión números 001, 002 y 003, es porque no tuvo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, tales como el informe técnico, financiero y jurídico expedido por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la función preventiva o la Circular Conjunta Externa del 8 de

septiembre de 2010, pues en éstos claramente constan las razones que soportan la inconveniencia de continuar con la ejecución de los mencionados contratos.

Así mismo señala el recurrente que ni en el contrato de consultoría No. 460 de 2009 ni en los contratos de concesión números 001, 002 y 003 se estipuló que el Departamento del Valle del Cauca debía asumir la obligación de pagar la comisión de éxito en caso de que los concesionarios incumplieran dicho deber y, de otro lado, el recurrente aclara que la estipulación por otro no requiere de la ratificación establecida en el artículo 1753 del Código Civil como equivocadamente lo sostuvo el Tribunal de Arbitramento.

Finalmente el recurrente aduce que se vulneró la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y el fallo arbitral puesto que mientras los miembros del consorcio DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA solicitaron el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato No. 460 de 2009, el Tribunal de Arbitramento resolvió declarar el incumplimiento del contrato y en consecuencia, ordenar el pago del monto de la comisión de éxito que las sociedades concesionarias aún no habían cancelado.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pidió que se declarara fundado el recurso de anulación interpuesto por su agente y por el Departamento del Valle del Cauca, apoyándose en las razones que se sintetizan así:

El Tribunal de Arbitramento incurrió en la causal del numeral 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 pues accedió a las pretensiones de la demanda con base en suposiciones subjetivas derivadas del principio de la verdad sabida y la buena fe guardada.

El Tribunal de Arbitramento, sin que existiera material probatorio ni fundamento jurídico alguno, sostuvo que el Departamento del Valle del Cauca había incumplido los deberes de lealtad y honestidad proponiendo la terminación anticipada de los contratos de concesión con la única intención de que el consorcio consultor no alcanzara a recibir el saldo de la comisión de éxito.

De otro lado, el Tribunal de Arbitramento incurrió en la causal de anulación prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya que condenó al Departamento del Valle del Cauca al pago de una obligación que ni siquiera estaba a su cargo pues los obligados eran las sociedades concesionarias.

Finalmente el Ministerio Público advierte que como la obligación de pagar la comisión de éxito estaba en cabeza de las sociedades adjudicatarias de los contratos de concesión números 001, 002 y 003, es evidente que esta cuestión no podía ser resuelta a la luz de la cláusula compromisoria establecida en el contrato No. 460 de 2009.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a resolver el recurso de anulación previas las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Habida cuenta de que se han propuesto las causales 6ª y 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y que, de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2º de su artículo 165, si prospera la 6ª se produce la nulidad de todo el laudo, la Sala empezará por el estudio de esta causal de anulación.

1. Reiteradamente esta subsección ha venido expresando lo que a continuación se reproduce por ser por entero aplicable en este caso:¹

“(…) Por averiguado se tiene que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, tal como lo ha pregonado la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples providencias que ya son multitud,² persigue fundamentalmente la

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38.621); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de marzo de 2011 (Expediente 38.484); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 30 de marzo de 2011 (Expediente 39.496); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1º de febrero de 2012 (Expediente 41.471); y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de octubre de 2013 (Expediente 46.696).

² Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1º de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006

protección de la garantía del debido proceso y por consiguiente es improcedente que por su intermedio se aborde nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento.

Por esta razón es que se afirma que al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente.

Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley.

(...) Según lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral son las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

El Decreto 1818 de 1998 compila las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la que finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen con los contratos estatales son las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

(...) La impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimente en las causales previstas en la ley, como ya se dijo, pero además que se sustente, so pena de que se declare desierto.

De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que invoca.

(Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que structure la cadena argumentativa de la impugnación y no su nombre o denominación.

Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.”

(...) El numeral 6º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

Como puede verse, la causal se configura cuando se decide en conciencia debiendo ser en derecho y ésta circunstancia resulta evidente en el laudo, es decir que ese hecho aparece sin necesidad de recurrir a mayores argumentaciones para demostrarlo.

*(...). En la providencia inicialmente citada³ también se expresó que “...la causal [6ª] de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: **a)** El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*

Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011 (Expediente 38621).

Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal.”

1.1. Todo juzgador para proceder a sentenciar la causa en aquellas cuestiones que tienen su origen en un negocio jurídico, amen de interpretar y calificar el acto celebrado, debe proceder a su integración, esto es a incorporar *“toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.”*⁴

Por consiguiente cuando el juez o el árbitro fundamentan total o parcialmente su decisión en alguna de las fuentes del derecho que son externas al contrato, jamás podrá decirse que está decidiendo en conciencia o en equidad y no en derecho.

Con otras palabras, si el fundamento total o parcial de la sentencia o del laudo es por ejemplo un principio general del derecho como lo es la buena fe, nunca podrá decirse que por ese motivo se trata de una decisión en conciencia.

2. En lo que atañe a la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 esta Subsección recientemente dijo lo siguiente:

“(..). El numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el “haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”

Esta Subsección sobre ésta causal ha dicho que ella “busca hacer efectivo el principio de congruencia de las sentencias judiciales que, sin referirse la Sala a la incongruencia por la disonancia con las excepciones del demandado, es desarrollado, entre otros, en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Según éste precepto los fallos judiciales deben estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda y por consiguiente “no podrá

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 13 de junio de 2013, expediente 23.730.

condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

Este vicio in procedendo presenta dos modalidades que son conocidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como fallos ultra petita, cuando se condena al demandado por más de lo pedido, o fallos extra petita, cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda.

De lo anterior se deduce que, por regla general, la existencia de éste vicio debe establecerse a partir del cotejo entre las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con lo contenido en la parte resolutive de la sentencia, por lo que se descarta que, también por regla general, la inconsonancia como vicio in procedendo se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

No otra cosa significa la perentoria expresión del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil al señalar que “no podrá condenarse al demandado...”

*Pero aún más el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria, pues no podría entenderse cómo una sentencia que niega las pretensiones de la demanda pueda incurrir en tal yerro por estar **condenando al demandado**, se resalta, “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...” o “por causa diferente a la invocada en ésta.”⁵*

Ahora, como en materia arbitral la competencia de los árbitros queda circunscrita a los precisos puntos que las partes quisieron someter a su decisión, resulta claro que cualquier pronunciamiento ajeno a éste thema decidendum se hará sin competencia alguna y se abriría paso la causal de nulidad comentada.

Sin embargo puede distinguirse un evento más que puede quedar comprendido en la causal que aquí se menciona y que es precisamente el que aducen las recurrentes.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de mayo 9 de 2011, Expediente No. 40.193.

Este evento no es otro que el haber resuelto el laudo una cuestión litigiosa a pesar de haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

En efecto, si la acción ha caducado ya no hay posibilidad, por mandato legal, de ventilar judicialmente la cuestión litigiosa y por ende el juez que asuma el conocimiento de un asunto en estas circunstancias lo estará haciendo sin competencia para ello y por ende finalmente resolverá “puntos no sujetos a la decisión” de ese juzgador, lo que indudablemente configuraría la aludida causal.”⁶

“Este principio de congruencia de las sentencias lo trae ahora el Código General del Proceso al expresar:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...”⁷

“Por consiguiente es mandato, tanto en el anterior Código de Procedimiento Civil como en el ahora vigente Código General del Proceso, que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda y por ende el demandado no puede ser condenado por objeto distinto al pretendido ni por causa diferente a la invocada en la demanda.

Y esto es precisamente lo que se persigue garantizar y hacer efectivo con la causal 8ª de anulación al disponer que el laudo es nulo cuando recae sobre asuntos no sometidos a la decisión de los árbitros o cuando se concede más de lo pedido.

Pero por supuesto que la causal también se configurará cuando, no obstante haberse pretendido en la demanda, el asunto materia de la decisión no estaba comprendido en la cláusula compromisoria o en el compromiso.”⁸

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1º de febrero de 2012 (Expediente 41.471).

⁷ Artículo 281.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de octubre de 2013 (Expediente 46.696).

2.1. El artículo 116 de la Constitución Política prevé que *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”*

Este precepto constitucional era desarrollado, entre otros, por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 al definir que *“el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.”*

Por su parte el artículo 115 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 preceptuaban que *“por medio del pacto arbitral que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.”*

Hoy en día la Ley 1563 de 2012, que entró a regir el 12 de octubre de 2012 pero que no se aplica a los procesos iniciados antes de su vigencia como sucede en este caso,⁹ define el arbitraje como *“un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*¹⁰ y en cuanto al pacto arbitral dice que *“es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”*¹¹

Pues bien, todos estos preceptos enseñan que, tanto ayer como hoy, el arbitraje y por consiguiente la facultad de los árbitros de resolver las diferencias surgidas o que surjan entre las partes, tienen su fuente en un negocio jurídico que estas han celebrado con ese propósito y que de manera general se denomina pacto arbitral.

⁹ El artículo 119 dice que la ley entrará a regir 3 meses después de su promulgación y esto se hizo el 12 de julio de 2012.

¹⁰ Artículo 1°.

¹¹ Artículo 3°.

Pero aún más, es de la esencia del pacto arbitral que se determinen las controversias que serán materia de la decisión de los árbitros.

En efecto, si el pacto arbitral es un negocio jurídico, él debe tener un objeto determinado o determinable¹² y como quiera que ese pacto persigue que los árbitros solucionen las diferencias surgidas o que surjan entre las partes, resulta claro que estas diferencias constituyen precisamente el objeto de ese negocio jurídico y por consiguiente ellas deben ser determinadas o determinables.

Ahora, si la facultad de los árbitros deviene del pacto arbitral y este como negocio jurídico debe determinar o permitir determinar las controversias que constituyen su objeto, es conclusión obligada que sólo esas diferencias, y únicamente ellas, pueden ser resueltas por el tribunal de arbitramento porque este carecerá de competencia para decidir sobre cualquiera otra ya que no estaría comprendida dentro del convenio de arbitraje, o, lo que es lo mismo, no sería parte de su objeto.

Con otras palabras, de la determinación del objeto del pacto arbitral se desprende que los árbitros sólo pueden resolver las controversias que estén comprendidas en el compromiso o en la cláusula compromisoria.

Por estas razones es que la ley ha previsto como causal de anulación que el laudo recaiga *“sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.”*¹³

3. Por sabido se tiene que en sede de promesa por otro la evolución de la figura va desde su total irrelevancia hasta su admisión.

En efecto, se recordará que en el Derecho Romano Clásico la visión de la figura se condensa en aquel pasaje de Ulpiano en el que comentaba que *“nadie se obliga prometiendo hecho ajeno”*.¹⁴

La razón de ser de esta regla estribaba allí en que la estipulación era un acto solemne que requería la manifestación verbal de ambas partes y por ende el sordo, el mudo y el ausente, entre otros, no podían estipular.¹⁵

¹² La determinación o determinabilidad del objeto de los negocios jurídicos se desprende del artículo 1518 del Código Civil.

¹³ Causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

¹⁴ D. 45.1.38 pr. Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro XLIX: *“...nemo autem alienum factum promittendo obligatur..”*

3.1. Aquella regla pasó a las leyes de partida y allí se previó que nadie podía prometer a otro el hecho ajeno, aunque si el promitente se obligaba a procurar la realización del hecho por parte del tercero, la estipulación valía porque no solamente estaba prometiendo un hecho ajeno sino también uno propio.¹⁶

Ahora, de acuerdo con esta ley de partida, en este último caso y ante la no realización del hecho por parte del tercero, la consecuencia era que el promitente debía cumplir lo que sería de cargo de aquel o debía pagar los perjuicios que sobrevinieran por aquella causa.¹⁷

3.2. Pothier expresó como regla general que no se podía prometer por un tercero porque ni éste ni el promitente se obligaban: el tercero porque no se le podía obligar sin su consentimiento y el promitente porque si ha prometido por otro se entiende que no está prometiendo por sí mismo.¹⁸

Sin embargo Pothier, al igual que en las leyes de partida, distingue si el promitente está prometiendo puramente por otro (*pure de alio promittere*) o si también está prometiendo por sí mismo (*de se*) ya que en esta última hipótesis la convención es válida y obliga al promitente a resarcir los perjuicios que resulten del incumplimiento de lo que había prometido.¹⁹

¹⁵ D. 45.1.1. (Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro XVIII): “*La estipulación no se puede hacer sino hablando una y otra parte; y por esto ni el mudo, ni el sordo, ni el que está en la infancia pueden contraer estipulación, ni tampoco el ausente, porque deben oír recíprocamente...*”

¹⁶ Partida V, Título XI, Ley XI: “*Fecho ageno non puede ningunt home prometer a otro....pero si quando facie el prometimiento dixiese asi: yo vos prometo que procuraré et faré de tal manera que fulan vos dará o pagará tal cosa, entonce decimos que tal promision vale...*”

¹⁷ Partida V, Título Xi, Ley XI: “*...E por ende si el otro non lo compliese, tenuto serie él de lo complir ó de le pechar los daños et los menoscabos quel veniesen por esta razón..*”

¹⁸ R. J. POTHIER. *Tratado de las obligaciones*. S. M. S. trad., Barcelona, Librería de Alvaro Verdager, 1878, p. 54: “*La segunda parte de este principio, eso es, de que no se pueda prometer mas que por sí mismo, es evidente; pues cuando yo he prometido que otro os daría una cosa o haría alguna cosa, sin darme por su representante, ni prometer nada por mi parte, esta convención no puede obligar ni al tercero, ni a mi. No obliga al tercero, pues no está en mi poder obligar a otro sin su consentimiento. Y no me obliga, puesto que si se entiende que yo he prometido por otro, y no por mí, yo no he entendido por esto obligarme.*”

¹⁹ *Ibidem*, p. 54 y 55: “*Por lo demás, ya se adivina que si ha prometido que un tercero daría o haría alguna cosa, no ha entendido pure de alio promittere, sino que ha entendido también de se, es decir prometer que él se haría garante de ese tercero, bien que esa condición no se exprimiera. En ese caso la convención es válida, y obliga a aquel que ha prometido, a daños y perjuicios si resultan del incumplimiento de lo que había ofrecido.*”

Pothier señala finalmente que si en una promesa por otro se estipula una pena, debe entenderse que no se está prometiendo puramente por otro sino que además se está prometiendo por sí mismo.²⁰

3.3. El Código Civil francés consagró como regla general que no se podía estipular sino por sí mismo²¹ empero previó la posibilidad de estipular por otro si lo que se prometía era la ratificación del tercero, caso en el cual si este no ratificaba el promitente quedaba obligado a indemnizar perjuicios.²²

3.4. Nótese entonces la gran diferencia que existió entre lo que dispusieron las leyes de partida frente a lo que opinó Pothier y a lo que consagró el Código Civil francés, pues mientras que aquellas ante la no ratificación por parte del tercero preveían la alternativa de que el promitente indemnizara perjuicios o ejecutara la prestación que se había prometido del tercero, estos, es decir Pothier y el *Code*, optaron por la sólo indemnización de perjuicios y en ningún caso por la ejecución de la prestación por parte del promitente.

Pues bien, en resumen se ve que en todo el decurso histórico que hasta ahora se ha citado, la regla era que la estipulación por otro no era válida porque el tercero no había consentido.

Sin embargo en todo ese estadio histórico se admitió como válida la estipulación por otro siempre y cuando el promitente asumiera en ella una obligación propia que no era otra que procurar obtener del tercero la ratificación de lo prometido.

Con otras palabras, si el promitente prometía puramente por otro (*pure de alio promittere*) esa estipulación no era válida porque aquel no estaba prometiendo ningún hecho propio y además el tercero no había consentido, pero si el promitente además prometía por sí mismo (*de se*) la estipulación valía porque entonces el que hacía la promesa se había obligado a realizar un acto propio cual era obtener la ratificación por parte del tercero.

²⁰ Ibidem, p. 55: “Cuando al prometer el hecho de otro vos os sometéis a pagar una cierta pena, aunque no sean mas que daños y perjuicios en caso de inexecución, no es dudoso que en ese caso vos no habeis entendido prometer simplemente el hecho de otro, et de alio tantum promittere, sino que vos habeis entendido haceros su garante, et de te promittere.”

²¹ “Artículo 1119. Por regla general no será lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino por sí mismo.”

²² “Artículo 1120. Sin embargo, se podrá estipular en nombre de un tercero, prometiendo la aprobación de este, quedando a salvo al otro contratante el derecho de indemnización contra el promitente, si el que hubiere de obligarse en primer término, se negare a ratificar el pacto.”

Así que cuando Pothier afirmaba que el promitente que prometía por sí mismo (*de se*) entendía que se hacía garante del tercero lo que quería significar era que el que hacía la promesa en esas circunstancias se obligaba a obtener la ratificación del tercero y a indemnizar perjuicios si no la obtenía, pero en manera alguna Pothier sostenía que en tal hipótesis y ante la no ratificación por parte del tercero el promitente se obligaba entonces a satisfacer la prestación que se había prometido que el tercero haría o daría y por lo tanto la expresión “*garante*” que utiliza este jurisconsulto no puede entenderse en este último contexto.

Sobre este tópico de ser el promitente garante en la promesa por otro, Goirgi expresaba que *“ante todo, comenzando por la promesa de hecho ajeno, se quiere sostener que al prometer alguno un hecho ajeno sin prometer ninguno propio, hace una promesa que supera los límites del poder humano, y en esto convenimos sin ninguna dificultad. Añaden también que es inconcebible y extraña una hipótesis de tal índole. Pero no es este el concepto práctico de la promesa de hecho ajeno, que, cuando se hace con el ánimo de obligarse, asume siempre el carácter de una garantía de hecho ajeno. Ahora bien: el garantizarse (se porter fort) del hecho ajeno no es más que prometer el hecho propio...”*²³

En conclusión, cuando el promitente en la promesa por otro asumía una obligación propia, su obligación consistía principalmente en obtener la ratificación por parte del tercero y si este no ratificaba, la obligación mutaba en el deber de indemnizar perjuicios pero nunca en el de satisfacer lo que se había prometido que sería dado o hecho por el tercero.

3.5 Bello se basó en las leyes de partidas, en Pothier y en el Code para regular en sus proyectos de Código Civil lo atinente a la promesa por otro.

En los proyectos de 1841-1845²⁴ y 1846-1847²⁵ plasmó este fenómeno de la siguiente manera:

“Siempre que uno de los contratantes prometa algo que haya de darse, hacerse o no hacerse por una tercera persona, de quien no es lejítimo representante, esta

²³ G. GIORGI. *Teoría de las obligaciones*. Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, trad., Madrid, Editorial Reus S. A., 1969, v. 2, p. 315.

²⁴ Artículo 18 del Título II del Libro “*De Los Contratos I Obligaciones Convencionales.*”

²⁵ Artículo 29 del Título II del Libro “*De Los Contratos I Obligaciones Convencionales.*”

tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; i si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal sea nula por la falta de consentimiento de dicha persona.”²⁶

En el Proyecto de 1853 lo redactó así:

*“Siempre que uno de los contratantes prometa **alguna cosa** que haya de darse, hacerse o no hacerse por una tercera persona, de quien no es lejítimo representante, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; i si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”²⁷*

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal sea nula por la falta de consentimiento de dicha persona.”²⁸

En el Proyecto Inédito²⁹ lo modificó para que quedara de la siguiente manera:

*“Siempre que uno de los contratantes **se comprometa a que por una tercera persona**, de quien no es lejítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; i si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”*

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal sea nula por la falta de consentimiento de dicha persona.”³⁰

²⁶ Inciso segundo del artículo 2 del Título X del Libro “*De Los Contratos I Obligaciones Convencionales*” del Proyecto de 1841-1845 e inciso segundo del artículo 87 Título X del Libro “*De Los Contratos I Obligaciones Convencionales*” del Proyecto de 1846-1847.

²⁷ Artículo 1651. La modificación está en la parte resaltada.

²⁸ Inciso segundo del artículo 1716.

²⁹ Artículo 1628 c. La modificación está en la parte resaltada.

³⁰ Inciso segundo del artículo 1716.

En Código Civil de Chile³¹ finalmente quedó así:

*“Siempre que uno de los contratantes **se compromete a que por una tercera persona**, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”*

*“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal **no tenga efecto** por la falta de consentimiento de dicha persona.”³²*

Si se presta atención se advierte que en el Proyecto Inédito y en el texto del Código Civil de Chile, Bello reemplazó la expresión “**prometa alguna cosa que haya de darse, hacerse o no hacerse por una tercera persona**” por la locución “**se comprometa a que por una tercera persona**”, lo que indudablemente da a entender que él estaba consciente de que una cosa era una promesa puramente por otro (*pure de alio promittere*) y otra una promesa por otro en la que el promitente además prometía por sí mismo (*de se*).

Pero además, todo lo citado de Bello³³ pone de presente que él también acogió de Pothier la regla según la cual la promesa por otro solo vinculaba al tercero si este ratificaba ya que para obligarse había que consentir.

Ahora, el hecho de haber previsto Bello la posibilidad de pactar una pena en la promesa por otro da cuenta que admitió además que el promitente era un garante en el sentido de que su obligación consistía en obtener la ratificación del tercero y que de no obtenerla debía indemnizar los perjuicios que se derivaran de este hecho.

Y si se revisan las opiniones de Pothier, lo consagrado por el Código Civil francés y lo redactado por Bello, en ninguna parte aparece que sea también obligación del promitente en la promesa por otro la satisfacción de la prestación que se prometió que el tercero daría o haría.

³¹ Artículo 1450. La modificación está en la parte resaltada.

³² Inciso segundo del artículo 1536. La modificación está en la parte resaltada.

³³ Para citarlo se han utilizado los volúmenes XI, XII y XIII de sus obras completas editadas bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez impresor, 1887.

La obligación del promitente según estas fuentes es simplemente una obligación de hacer consistente en obtener la ratificación del tercero pero nunca la de satisfacer la prestación que de este se prometió.

Y como quiera que la regulación de esta figura en el Código Civil colombiano es idéntica a la diseñada por Bello en el Código Civil chileno, debe concluirse que en Colombia la promesa por otro solo produce efectos en la medida en que el promitente asuma en ella una obligación propia, caso este en el cual su obligación no es otra que la de obtener la ratificación del tercero y si no la obtiene está llamado a indemnizar perjuicios pero en ningún caso podrá sostenerse que en esta última hipótesis será de cargo del promitente la satisfacción de la prestación prometida del tercero.

De las disposiciones del Código Civil colombiano así se desprende con claridad:

“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”³⁴

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por la falta de consentimiento de dicha persona.”³⁵

3.6. Pero por supuesto que en ejercicio de la autonomía negocial bien pueden las partes convenir que el promitente no sólo se obligue a obtener la ratificación del tercero sino que también, si este no ratifica, aquel se obligue a satisfacer la prestación prometida.

Ahora, si el tercero ratifica surge en ese momento para éste la obligación de satisfacer la prestación prometida pero además ese mismo hecho determina que el promitente haya cumplido con la suya puesto que consistiendo ella en obtener la ratificación del tercero, esto en efecto ha ocurrido.

³⁴ Artículo 1507.

³⁵ Inciso segundo del artículo 1593

Una de las formas de extinguir las obligaciones es el pago³⁶ y si este consiste en *“la prestación de lo que se debe”*³⁷ y además debe hacerse *“bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación,”*³⁸ resulta evidente que cuando en la promesa por otro el tercero ratifica, el promitente ha pagado y por ende su obligación se ha extinguido.

Si su obligación se ha extinguido es irrazonable sostener que luego puede ser incumplida.

En efecto, no se ve como podría incumplirse una obligación que ya no existe.

En conclusión, si la obligación del promitente es obtener la ratificación del tercero y la ha obtenido, ha actuado de acuerdo con el tenor de la obligación puesto que ha satisfecho la prestación de lo que debía y por consiguiente su obligación se ha extinguido por la vía del pago, y si el vínculo obligatorio ha desaparecido del mundo jurídico, desde luego ya no podrá ser incumplido.

4. En este asunto, como ya se dijo, la parte recurrente invoca como causales de anulación las previstas en el numeral 6º y en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, es decir, el *“haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* y *“haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*

Fundamenta la primera causal esgrimida, esto es la del numeral 6º, en que el Tribunal fincó la razón de su decisión exclusivamente en el principio de la buena fe, desconociendo así la autonomía negocial, las cláusulas del contrato, las normas aplicables al caso, la jurisprudencia y los medios probatorios obrantes en el proceso.

Dice la parte recurrente que *“si bien es cierto que el principio de la buena fe debe orientar todas las relaciones contractuales, y en especial, aquellas donde intervenga una entidad pública, ello no obsta para que se omitan las valoraciones sustantivas y probatorias de cada caso concreto para solucionar las controversias*

³⁶ Numeral 1º del artículo 1625 del Código Civil .

³⁷ Artículo 1626 ibidem.

³⁸ Artículo 1627 ibidem.

contractuales y mucho menos que con fundamento en este principio se acomode una situación de hecho, para suponer que la intención real de una entidad, persona jurídica -Departamento del Valle del Cauca - consistió en perjudicar a otro.”³⁹

Agrega que “el fallo se basó en el principio de la buena fe, para afirmar y sentar posturas acerca de temas que no habían sido ventilados en el proceso arbitral y sobre los cuales no podía pronunciarse el tribunal de Arbitramento, lo cual ratifica que el fallo fue dictado en conciencia, que la decisión no tiene sustento jurídico alguno, que no hubo un pronunciamiento de fondo respecto al verdadero problema jurídico - quién debía pagar la comisión de éxito. –”⁴⁰

Sustenta la otra causal, esto es la del numeral 8º, en que el Tribunal debía decidir exclusivamente sobre las diferencias resultantes de la ejecución y liquidación del contrato No. 460 de 2009 y por lo tanto no podía, tal como lo hizo, hacer referencia a cuestiones ajenas a aquel negocio jurídico.

Esto expresa la parte impugnante:

*“ahora bien, tal y como se deriva de la **Cláusula Compromisoria** del contrato 460 de 2009, el Tribunal de Arbitramento debía dirimir exclusivamente las diferencias resultantes de la ejecución y liquidación de ese contrato; como consecuencia de ello, el Tribunal no podía referirse a cuestiones o controversias ajenas al mismo, y mucho menos entrar a interpretar, juzgar o descalificar las actuaciones del Departamento en la ejecución de otros contratos, como en efecto lo hizo...”⁴¹*

Y puntualiza:

“Lo dicho hasta ahora permite identificar los motivos por los cuales el Tribunal no tenía la potestad para estudiar y juzgar las razones que dieron lugar a la terminación y liquidación de los Contratos de Concesión 001,002 y 003 de 2010, pues estos eran negocios absolutamente independientes del Contrato de Consultoría No. 460 de 2009.”⁴²

³⁹ Folio 228-229 del c. No. 1.

⁴⁰ Folio 229 del c. No. 1.

⁴¹ Folio 248 del c. No. 1.

⁴² Folio 250 del c. No. 1.

4.1 De lo anteriormente citado se desprende que en lo que tiene que ver con la causal 6ª, el ataque se centra en que el Tribunal acudió al principio de la buena fe para resolver el fondo del asunto y de esta manera pretermitió las normas jurídicas aplicables al caso, las cláusulas contractuales y las probanzas recaudadas en el plenario.

En primer lugar debe censurársele a la parte recurrente que al sustentar esta causal de anulación mezcla indebidamente situaciones que son propias de la causal 8ª y de la causal 9ª, ambas del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

En efecto, cuando sostiene que *“el fallo se basó en el principio de la buena fe, para afirmar y sentar posturas acerca de temas que no habían sido ventilados en el proceso arbitral y sobre los cuales no podía pronunciarse el tribunal de Arbitramento”* y que *“no hubo un pronunciamiento de fondo respecto al verdadero problema jurídico - quién debía pagar la comisión de éxito. –”*, todo *“lo cual ratifica que el fallo fue dictado en conciencia”*, no hace otra cosa que argumentar que el fallo es en conciencia porque el Tribunal decidió sobre asuntos no sometidos a su conocimiento (causal 8ª) y porque dejó de resolver uno sobre el cual sí debía pronunciarse (causal 9ª).

Esta indebida mixtura determina que los argumentos que corresponden a causales diferentes a la 6ª no puedan ser considerados a la luz de esta y por lo tanto sólo se tendrá en cuenta ahora que la inconformidad radica en que el fallo es en conciencia porque se decidió con fundamento en el principio de la buena fe.

Ya se esbozó en el punto 1.1. que la labor de todo juzgador al sentenciar sobre situaciones que tienen su origen en negocios jurídicos, implica interpretar, calificar e integrar el convenio negocial que las partes celebraron.

La tarea de interpretar persigue determinar qué fue lo que convinieron las partes, precisar los efectos que estas le dieron a su acuerdo e incorporar estas constataciones al convenio celebrado.

La labor de calificar tiene como objeto hacer la valoración jurídica de lo acordado para precisar cuál fue el esquema negocial que emplearon las partes y qué repercusiones jurídicas de ahí se derivan para incorporarlas al negocio convenido.

El trabajo de integración persigue agregarle al negocio pactado todas aquellas disposiciones que son externas a él, tales como las normas imperativas, las normas supletivas, los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres.

“Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).”⁴³

Luego, si el sentenciador apoya su decisión en disposiciones externas al contrato como sería el caso de fundarse en un principio general del derecho como lo es la buena fe, su sentencia es en derecho y no en conciencia porque no está decidiendo de acuerdo con su íntima convicción o inaplicando la ley por considerar que conduce a una iniquidad o buscando la solución por fuera del ordenamiento jurídico.

Pues bien en este caso si la decisión de los árbitros tiene en la buena fe uno de sus sustentos, resulta claro que no se trata de una decisión en conciencia porque precisamente la *ratio decidendi* se encuentra en un postulado del ordenamiento jurídico como lo es ese principio general ya mencionado.

Pero además, al mirar el texto del laudo impugnado se advierte que el Tribunal analizó el régimen jurídico que él consideró que debía tenerse en cuenta para solucionar el caso y trae a cuento no sólo otras normas jurídicas que estima aplicables sino también jurisprudencia y doctrina, todo lo cual tira por tierra cualquier supuesto fallo en conciencia y no en derecho.

Y esta conclusión de no ser el laudo en conciencia se refuerza al percatarse de que el Tribunal valoró el pliego de condiciones que precedió a la celebración del contrato que dio origen al litigio, así como su adición, el contrato mismo, los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010, los testimonios de Javier

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 13 de junio de 2013, expediente 23.730.

Enrique Campuzano Delgado y de Juan Manuel Martínez Paz, las actas de terminación y liquidación de los contratos de concesión números 001 y 003 de 2010, la certificación de 2 de febrero de 2012 expedida por la Secretaria Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca, el memorando de Cabrera y Bedoya Banqueros de Inversión, el acta de la reunión del 31 de enero de 2012 celebrada entre las partes y la experticia financiera aportada por la parte convocante con su demanda arbitral,⁴⁴ todo lo cual enseña que no es cierto lo que afirma la parte recurrente cuando expresa que la decisión se tomó con prescindencia de las pruebas practicadas en el proceso.

En síntesis, no aparece demostrado por parte alguna que el Tribunal para decidir haya prescindido totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, o que haya inaplicado la ley por considerarla inicua o inequitativa, o que haya buscado la solución del caso por fuera de la ley.

Por el contrario, lo que enseña el expediente es que el Tribunal, amén de valorar las pruebas recaudadas, trajo como sustento de su decisión normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina, todo lo cual hace incuestionable que la decisión fue en derecho y no en conciencia o en equidad como lo quiere hacer ver la parte recurrente.

Ahora el hecho que la parte recurrente no comparta la valoración probatoria o la valoración jurídica que hizo el Tribunal, esto es una cuestión de fondo que escapa por completo a la esencia de un recurso de anulación de laudo arbitral pues con este recurso se juzgan los vicios *in procedendo* y no los vicios *in iudicando*.

Todas estas razones son más que suficientes para que no prospere el cargo apuntado en la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

4.2 En lo que concierne a la causal 8ª del artículo Decreto 1818 de 1998, que como ya se ha dicho reiteradamente se estructura cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido (*ultra o extra petita*) o por causa diferente a la invocada en la demanda y también cuando los árbitros carecen de competencia para resolver sobre la cuestión sometida a su decisión, bien por haber caducado la acción o bien por no estar comprendida dentro del pacto arbitral, la parte recurrente la cimenta en que el Tribunal basó su decisión en lo

⁴⁴ Folios 95 a 103 del c. No. 1.

acontecido en los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010, negocios estos que son completamente ajenos al contrato de Consultoría No. 460 de 2009.

Comparado el sustento que trae la recurrente con lo previsto en la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se ve que su argumentación queda comprendida dentro del supuesto normativo de esa disposición, razón por la cual la Sala procede a verificar si ella se ha configurado.

4.2.1. Se ha expresado insistentemente que uno de los eventos en que se configura la mencionada causal es cuando los árbitros deciden sobre cuestiones que no estaban comprendidas en el acto que da origen a sus facultades, esto es en el pacto arbitral.

También se dijo que como el pacto arbitral es un negocio jurídico, él debe tener un objeto determinado o determinable y que como quiera que ese pacto persigue que los árbitros solucionen las diferencias surgidas o que surjan entre las partes, resultaba claro que estas diferencias constituyen precisamente el objeto de ese negocio jurídico y por consiguiente ellas debían ser determinadas o determinables.

Se concluyó entonces que si la facultad de los árbitros deviene del pacto arbitral y éste como negocio jurídico debe determinar o permitir determinar las controversias que constituyen su objeto, es conclusión obligada que sólo esas diferencias, y únicamente ellas, pueden ser resueltas por el tribunal de arbitramento porque éste carecerá de competencia para decidir sobre cualquiera otra ya que no estaría comprendida dentro del convenio de arbitraje, o, lo que es lo mismo, no sería parte de su objeto.

La cláusula compromisoria en la que convinieron las partes y que se lee en el documento que contiene el contrato de consultoría No. 460 de 2009 es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA DECIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia que surja entre las partes, en virtud del presente contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo entre ellas o mediante procedimientos de arreglo directo, tales como la conciliación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, el cual se sujetará a las disposiciones legales

vigentes sobre el Arbitramento de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal será legal. b) Estará integrado por tres árbitros (3), designados de mutuo acuerdo y, a falta de acuerdo, por sorteo realizado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali de su lista de árbitros sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria; c) Tendrá su sede en la Cámara de Comercio de Santiago de Cali. d) Su fallo será en derecho. e) Los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del arbitramento se sujetarán a las tarifas institucionales de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali.”

Como podrá verse, el objeto de ese pacto arbitral está plenamente determinado puesto que en él aparece claramente que se conviene que *“toda controversia o diferencia que surja entre las partes, en virtud del presente contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo entre ellas o mediante procedimientos de arreglo directo, tales como la conciliación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento”* y por consiguiente la facultad de los árbitros quedaba circunscrita a dirimir las discrepancias que afloraran entre los contratantes y que tuvieran como fuente u origen el contrato de consultoría No. 460 de 2009.

Así que cualquiera otra discrepancia que tenga su génesis en negocios jurídicos diferentes no puede ser resuelta por este Tribunal de Arbitramento porque carecerá de competencia para decidir sobre ella ya que no estaría comprendida dentro del convenio de arbitraje, o, lo que es lo mismo, no sería parte de su objeto.

4.2.2. Para poner en contexto la cuestión litigiosa debe recordarse que el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** y el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** celebraron el contrato de consultoría No. 460 de 2009 que tenía como objeto la estructuración técnica, legal y financiera de un mecanismo que permitiera la vinculación del capital privado en las obras de infraestructura que aprobó la Asamblea Departamental, así como el acompañamiento durante el proceso de selección de aquellos particulares que habrían de ejecutar esas obras mediante contratos de concesión.

En el contrato de consultoría No. 460 de 2009 también se convino que el consultor recibiría como remuneración, además de la suma de \$478.848.000, una comisión de éxito equivalente al 2% del valor de los contratos de concesión que se celebraran para la ejecución de las obras antes mencionadas, comisión de éxito que sería pagada al consultor por los contratistas seleccionados para ejecutar los

obras mediante contratos de concesión de la siguiente manera: el 40% dentro de los 15 días siguientes a la suscripción de los contratos de concesión y el 60% restante al momento de presentarse el cierre financiero o a los 6 meses de haberse suscrito los contratos de concesión, lo que primero ocurriera.

Para ejecutar las obras el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** suscribió los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010 y en cada uno de ellos el respectivo contratista concesionario se obligó a pagarle al consultor la comisión de éxito en la forma antes indicada.

El **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** le pagó al consultor los \$478.800.000 pactados en el contrato de consultoría y este a su vez cumplió con las obligaciones a su cargo.

Por su parte los contratistas concesionarios cancelaron el 40% correspondiente al primer pago de la comisión de éxito empero, antes de que llegara la oportunidad de cancelar el 60% restante, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** terminó y liquidó de común acuerdo con los contratistas concesionarios, los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010.

El consultor mediante el proceso arbitral pretende que se declare que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** incumplió el contrato de consultoría No. 460 de 2009, que el consultor cumplió con lo suyo, que el incumplimiento de aquel le causó perjuicios o en subsidio desequilibró el contrato, y que se resuelva y liquide el contrato de consultoría.

4.2.3. Para la Sala es indubitable que el fundamento de las decisiones que tomó el Tribunal de Arbitramento se encuentra en la terminación de los contratos de concesión 001, 002 y 003 de 2010, esto es en negocios jurídicos diferentes al contrato de consultoría No. 460 de 2009.

En efecto, el Tribunal parte del entendimiento que la parte convocante no persigue “obtener del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** el pago de la comisión de éxito como si ésta fuera una obligación a su cargo, poniéndolo en la posición de deudor de la prestación, sino el resarcimiento de los perjuicios causados por la parte Convocada a la Convocante como consecuencia de la terminación de los contratos en los que se encontraba la estipulación de pago de la comisión de éxito

antes de que se causara el remanente de la misma y con esa precisa intención, lo que se traduce en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales en el marco del contrato de consultoría No. 460 del dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) por el hecho de no haberse mantenido la ratificación del pago de dicha comisión con ocasión de estas terminaciones y liquidaciones.”⁴⁵

Estas elucubraciones en torno a la terminación y liquidación de los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010 se mantienen a lo largo del laudo para sustentar las decisiones que se toman en la parte resolutive, pero que sean las mismas palabras del Tribunal de Arbitramento las que demuestren lo que se viene afirmando, quien, después de valorar los documentos que contienen esos contratos (en especial las cláusulas en donde los contratistas concesionarios ratifican el pago de la comisión de éxito) así como las actas de terminación y liquidación de esos negocios jurídicos y el acta que contiene lo discurrido entre convocante y convocada el 31 de enero de 2012 con ocasión de la terminación y liquidación de las concesiones, concluye:

*“3. Al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** no le fue pagado el sesenta por ciento (60%) de la comisión de éxito pactada en su favor por parte de los concesionarios, porque no se pudo dar el cierre financiero de los contratos.*

*4. El cierre financiero de los proyectos en concesión no se llevó a cabo, porque el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** solicitó a los concesionarios terminar de manera anticipada y liquidar de mutuo acuerdo los contratos de concesión con fundamento en la existencia de una onerosidad excesiva en la ejecución de los proyectos para la entidad estatal y la inestabilidad política de la misma, a lo cual accedieron los contratistas, dejando dos de ellos constancia expresa de no estar de acuerdo con el argumento de onerosidad excesiva en los proyectos.*

*(...) En este orden de ideas, el Tribunal observa que conforme al criterio del bonus vir o del buen padre de familia, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** no podía solicitar ni mucho menos incentivar la terminación de los contratos de concesión antes de la concreción del cierre financiero de cada uno de los proyectos, pues para la parte convocada, que es quien estructuró las condiciones económicas del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil*

⁴⁵ Folio 55 del c. No. 1.

nueve (2009) incorporando una estipulación de pago a cargo de un tercero como lo son los concesionarios, y conoce al detalle el contenido de ambos contratos por ser quien los elaboró, era evidente que con la liquidación de los contratos de concesión sin que se hubiere dado el cierre financiero podría perjudicarse al **CONSORCIO VALLE DEL CAUCA**, razón por la cual era obligación inherente a la figura establecida por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** convocar al consultor a las liquidaciones de los contratos de concesión al resultar afectado por tal decisión.⁴⁶

En virtud de tales conclusiones el Tribunal de Arbitramento afirma luego que:

*“Ahora bien, como consecuencia de lo anterior y dado que con la terminación y liquidación de los contratos de concesión se eliminó la ratificación de la estipulación por otro, causando el incumplimiento del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), corresponde al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** resarcir el perjuicio ocasionado al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, el cual, de acuerdo con la prueba pericial contable practicada dentro del proceso, equivale al valor actualizado del remanente de la comisión de éxito de cada uno de los contratos de concesión terminados y liquidados de manera anticipada, y que arroja la suma de **OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$8.393.164.400)**, expresada en pesos a treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012).”⁴⁷*

Pues bien, nótese cómo el Tribunal de Arbitramento lo que en verdad resuelve, aunque lo resuelto se disfrace con otro nombre o se diga que es a otro título, es sobre el hecho de no habersele pagado al consultor el 60% restante de la comisión de éxito cuyo pago total había sido ratificado por los concesionarios en los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010.

El hecho de que el pago de la comisión de éxito haya sido ratificado por los contratistas concesionarios en los contratos 001, 002 y 003 de 2010 determina que esta cuestión se torne propia y exclusiva de estos contratos.

⁴⁶ Folios 104 y 105 del c. No. 1.

⁴⁷ Folio 109 del c. No. 1.

Con otras palabras, la controversia que fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento (no pago del 60% restante de la comisión de éxito) no sólo tiene que ver con una obligación anidada en los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010 en virtud de la ratificación de los concesionarios, sino que también tiene su origen en el devenir o acontecer de estos contratos (terminación anticipada y liquidación), razones por las cuales no tiene su fuente en el contrato de consultoría No. 460 de 2009 aunque el Tribunal de Arbitramento se empece en sostener artificiosamente lo contrario.

En consecuencia, como la cláusula compromisoria sólo habilitaba a los árbitros para dirimir controversias resultantes del contrato de consultoría No. 460 de 2009 y no de las que surgieran de los contratos de concesión números 001, 002 y 003 de 2010, al adentrarse en estos terrenos que le estaban vedados resulta claro que decidió sobre asuntos que no estaban comprendidos en la cláusula compromisoria y entonces le asiste la razón a la parte recurrente porque se encuentra fundada la causal 8ª de anulación.

En estas circunstancias el cargo está llamado a prosperar.

4.2.4. Del inciso segundo del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 se desprende que cuando prospera la causal 8ª, entre otras, debe procederse a la corrección del laudo.

Estando en sede de corrección del laudo y para estos efectos ya es pertinente analizar algunos aspectos de fondo (desde luego exclusivamente los que tienen que ver directamente con el error o inciden en él) pues así, y solo así, sería posible corregir la decisión.

En la estipulación por otro el promitente contrae una obligación de hacer consistente en obtener la ratificación del tercero y por consiguiente cuando este ratifica, la obligación se extingue por la vía del pago por lo que resultará imposible que luego de la ratificación el promitente pueda incumplir su obligación de obtener el consentimiento del tercero si, de un lado, ya lo ha obtenido y, de otro, por esta misma razón esa obligación ya no existe.

Dicho de otra manera, en el contrato de consultoría No. 460 de 2009 y en lo tocante a la promesa por otro que él contiene, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** se obligó a obtener de los contratistas concesionarios la ratificación

de que estos pagarían la comisión de éxito y como quiera que esto precisamente obtuvo puesto que en los contratos de concesión cada concesionario se obligó a pagar la mencionada comisión, resulta que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** cumplió con su obligación, o, lo que es lo mismo, ella se extinguió por la vía del pago.

Y como los concesionarios ratificaron, la obligación de pagar la comisión de éxito quedó radicada en los negocios jurídicos donde se plasmó la ratificación, esto es en los contratos de concesión 001, 002 y 003 del 2010, y por ende los concesionarios son los llamados a pagarla y por consiguiente es un absurdo pensar que alguien pueda incumplir una obligación que no tiene a su cargo, es decir, es un ex abrupto sostener que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** incumplió el contrato porque no se pago la comisión de éxito puesto que él no era el llamado a pagarla.

También pugna contra la lógica el enrevesado argumento consistente en que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** tenía la obligación de mantener la ratificación de los terceros trayendo como sustento de esa afirmación, sin decir por qué, los artículos 1753 a 1755 del Código Civil.

Olvidó el Tribunal que la ratificación del tercero en la promesa por otro no es otra cosa que un acto que determina, por una parte, que el promitente cumpla con su obligación y que, por otra parte, el tercero asuma en ese mismo momento una obligación propia, así que afirmar que el promitente está obligado a mantener la ratificación del tercero es tanto como asegurar que éste no se libera con el pago y que es de su cargo mantener obligado al tercero.

En los negocios jurídicos no puede haber obligación sin que el obligado consienta y cuando éste ya está obligado no puede desligarse unilateralmente a su antojo del vínculo obligatorio, razón por la cual también resulta un contrasentido aseverar que al deudor hay que mantenerlo obligado.

Estos breves razonamientos indican que cuando el Tribunal de Arbitramento adujo que **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** incumplió el contrato de consultoría No. 460 de 2009 por el hecho de haber terminado anticipadamente los contratos de concesión números 001,002 y 003 de 2010 y por el hecho de no haberse pagado el saldo de la comisión de éxito por parte de los concesionarios y

con fundamento en ello lo condena a pagar \$8.393.164.800, lo que en realidad hizo fue juzgar los acontecimientos y las obligaciones de otros contratos que no estaban comprendidos en la cláusula compromisoria pactada en el contrato de consultoría.

Por esta razón la decisión aquí consistirá en anular los siguientes numerales de la parte resolutive, o apartes de ellos, del laudo proferido el 26 de abril de 2013 por el Tribunal de Arbitramento, toda vez que esas decisiones implicaron el juzgamiento de contratos no contemplados en la cláusula compromisoria pactada en el contrato de consultoría No. 460 de 2009:

- a) Anular en su totalidad el numeral segundo de la parte resolutive;
- b) Anular en su totalidad el numeral tercero de la parte resolutive;
- c) Anular del numeral cuarto de la parte resolutive la expresión ***“e incluyendo dentro de tal liquidación los valores reconocidos, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo”***;
- d) Anular en su totalidad el numeral quinto de la parte resolutive;
- e) Anular en su totalidad el numeral sexto de la parte resolutive;
- f) Anular en su totalidad el numeral séptimo de la parte resolutive;
- g) Anular en su totalidad el numeral octavo de la parte resolutive;
- h) Anular en su totalidad el numeral décimo quinto de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013;
- i) Anular en su totalidad el numeral décimo sexto de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013;
y
- j) Anular en su totalidad el numeral décimo séptimo de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013.

5. El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, lo que *contrario sensu* significa que si alguna prospera no hay lugar a tal condena.

Como en este asunto se encontró fundada una causal que propuso la convocada, es del caso no condenar en costas.

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

RESUELVE

PRIMERO: ANULAR los siguientes numerales de la parte resolutive, o apartes de ellos, del laudo proferido el 26 de abril de 2013 por el Tribunal de Arbitramento, toda vez que esas decisiones implicaron el juzgamiento de contratos no contemplados en la cláusula compromisoria pactada en el contrato de consultoría No. 460 de 2009:

- a) Anular en su totalidad el numeral segundo de la parte resolutive;
- b) Anular en su totalidad el numeral tercero de la parte resolutive;
- c) Anular del numeral cuarto de la parte resolutive la expresión ***“e incluyendo dentro de tal liquidación los valores reconocidos, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo”***;
- d) Anular en su totalidad el numeral quinto de la parte resolutive;
- e) Anular en su totalidad el numeral sexto de la parte resolutive;
- f) Anular en su totalidad el numeral séptimo de la parte resolutive;
- g) Anular en su totalidad el numeral octavo de la parte resolutive;
- h) Anular en su totalidad el numeral décimo quinto de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013;
- i) Anular en su totalidad el numeral décimo sexto de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013;
- y
- j) Anular en su totalidad el numeral décimo séptimo de la parte resolutive que fue adicionado mediante el laudo complementario del 14 de mayo de 2013.

SEGUNDO: SIN COSTAS por haber prosperado el recurso de anulación.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de su Secretaría

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

F.A.