

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia del Consejo de Estado privativamente y en única instancia, sin importar la cuantía de las pretensiones. Regulación normativa

El laudo recurrido decidió las controversias surgidas entre el Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria Panamericana SA., con ocasión del contrato de concesión No. OJ-121-97, celebrado el 16 de diciembre de 1.997, y cuyo objeto fue la realización, por el sistema de concesión, del proyecto denominado Corredor Vial del Centro - Occidente de Cundinamarca, integrado por los trayectos Los Alpes - Villeta - Chuguacal - Cambao". Bajo esta perspectiva, y de conformidad con el artículo 128.5 del CCA., el Consejo de Estado conoce, privativamente y en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones. De igual forma, según lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales. Ahora bien, los tres contratos que originaron las controversias -según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993- son estatales, porque fueron celebrados por una entidad sometida a dicho estatuto, como lo es el Departamento de Cundinamarca. Bajo este entendimiento, considerando que el contrato de concesión celebrado entre el Departamento y la convocada es de naturaleza estatal, la competencia para conocer del presente recurso radica en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Además de estas razones, en relación con el criterio orgánico, la Ley 1.107 de 2.006 también prescribe que las controversias relacionadas con la actividad de las entidades públicas son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, como el Departamento es una entidad estatal, entonces esta jurisdicción es competente para conocer los litigios generados con sus actuaciones. Es así como el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2.006 -que modificó el artículo 82 del CCA. (...) Esta Sección es competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto por el Departamento, contra el laudo proferido el 26 de enero de 2.011 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad pública y la Concesionaria Panamericana SA

FUENTE FORMAL: LEY 1.107 DE 2.006 - ARTICULO 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128.5

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / CAUSAL SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN DERECHO - Características / FALLO EN CONCIENCIA - Características

Sobre esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento

jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho.(...) para que un laudo se considere proferido en conciencia la valoración de la causa petendi y su resolución debe ser producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de la justicia, de lo correcto, de lo bueno y de lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen reglas de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre fallo en derecho, consultar sentencia de 6 de 2005.exp. 28990. En relación con el fallo en conciencia, ver sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191

LAUDO EN CONCIENCIA - Relación con la equidad en los procesos arbitrales

Lo que se reprocha de un fallo en conciencia o equidad es el menosprecio que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, quienes deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se apoya en una idea de justicia personal o individual del árbitro, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas jurídicas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal. Claro está que la equidad no ha sido proscrita absolutamente de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado, porque la misma Constitución Política, en el inciso segundo del art. 230, establece que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra atada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos.

LAUDO ARBITRAL - La equidad como criterio auxiliar / FALLO EN EQUIDAD - Noción. Definición. Concepto

Cuando la equidad se usa como criterio auxiliar, no significa que el juicio y la decisión que contiene el laudo se haya dictado en conciencia, sino que, siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni

único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que se pretenda encubrir en la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor. De manera que el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que esta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso *sub iudice*, para preferir el juicio personal sobre el institucional que se representa en las normas y las reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria la Panamericana S.A / CAUSAL SEXTA - Cargo no prospera. El fallo fue proferido en derecho

Considera la Sala que los argumentos formulados por el recurrente no prosperarán, porque de su estudio se desprende, con facilidad, que el Tribunal se fundamentó en la ley, en el contrato estatal –que es una norma vinculante para las partes-, para decidir las pretensiones y los argumentos de la defensa. En particular, se nota a simple vista que analizó el art. 21 de la ley 105 de 1.993, que regula los peajes en las vías concesionadas y no concesionadas del país. Concluyó que el literal b) exige cobrárselo a todos los usuarios de la infraestructura, lo que a su vez le exigió precisar quién es usuario para esos efectos. (...) a la Sala no le queda la menor duda que el razonamiento que hizo el Tribunal es perfectamente jurídico, no en equidad –con independencia de la validez o acierto de su resultado analítico-, toda vez que mientras que el recurrente considera que desentrañar, analizar, precisar o identificar quién es usuario de una infraestructura vial es lo mismo que establecer una exención, la Sala estima que no lo es, porque quien no es sujeto pasivo no se convierte en un sujeto exento del impuesto –aunque en términos materiales conduzca a lo mismo; pero no en términos jurídicos-. Se trata, simplemente, de un sujeto no gravado, es decir, de uno que no alcanza a integrar objetivamente la calidad de sujeto pasivo. (...) la causal sexta de anulación no debe prosperar, porque el laudo no fue expedido en conciencia. En efecto, al impugnante no le asiste la razón, por cuanto el Tribunal de arbitramento llegó a la decisión basándose en el ordenamiento jurídico y no, como lo sostiene aquél, con absoluto desconocimiento de la normativa que regula el negocio celebrado por las partes. Esto demuestra que no fue la libre apreciación del Tribunal, sino su respeto al análisis conceptual jurídico, lo que le condujo a tomar la decisión impugnada ahora. Esto conduce a la Sala a sostener que el laudo no se expidió en conciencia sino en derecho, y por eso no es ajeno a la realidad normativa que debía observar.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 6

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Supuestos

La causal analizada establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles. Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo se realiza un examen de la demanda y de la contestación a la misma, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión extra o ultra petita, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 8

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria la Panamericana S.A / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL OCTAVA - Cargo si prospera. Las decisiones que adoptó el tribunal de arbitramento excedieron la causa petendi de la demanda

La Sala concluye que las referencias y decisiones que adoptó el Tribunal de arbitramento en relación con la manera como las partes del contrato deben asumir las inestabilidades futuras, excedieron la causa petendi de ambas demandas, pues las pretensiones tercera a sexta de la demanda inicial, y la octava de la demanda de reconvención se referían a las inestabilidades que existían al momento de presentarse la demanda y su contestación, incluso, identificadas -en la mayoría de los casos- en Actas y estudios elaborados por las partes. En consecuencia, esta causal de anulación prosperará, por las razones anotadas, y por tanto la Sala adoptará más adelante la decisión que corregirá la del Tribunal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 8

CORRECCION DEL LAUDO ARBITRAL - Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria la Panamericana S.A / CORRECCION DEL LAUDO ARBITRAL - Prosperidad de la causal octava de anulación / CORRECCION DEL LAUDO ARBITRAL - Procedencia

Teniendo en cuenta que prosperó la causal octava de anulación, porque el Tribunal de arbitramento se pronunció sobre materias no sometidas a su consideración, concretamente en lo que se refiere al tratamiento y la responsabilidad surgida en relación con las zonas o sitios inestables de la concesión vial, que se presenten en el futuro, entiende la Sala que la corrección al laudo consistirá en corregir los siguientes aspectos: i) Las decisiones del Tribunal de arbitramento relacionadas con las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal, así como con la pretensión octava de la demanda de reconvención, son válidas, siempre y cuando no incluyan las zonas o sitios inestables que se presenten en el futuro, porque sólo se refiere a las existentes. ii) La decisión que adoptó el Tribunal de arbitramento, en relación con este tema, sólo cubrirá la manera estricta y precisa como el Tribunal de arbitramento resolvió el litigio

relacionado con los sitios identificados: a) en los “estudios técnicos y aprobados por al interventoría dentro del contrato de concesión” -pretensión tercera-; b) en los sitios críticos existentes, surgidos como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo del concesionario -pretensión cuarta-; y c) los seis (6) sitios inestables relacionados en el Acta de 22 de julio de 2.002, a cargo del Departamento. iii) Los sitios inestables futuros, es decir, los que eventualmente se presenten en desarrollo de la ejecución del contrato de concesión, y que por tanto no corresponden a las fuentes acabadas de indicar en las pretensiones tercera cuarta y octava comentadas -porque no estaban identificados por las partes en los estudios citados, o no existían al momento de proferirse el laudo como consecuencia de las infracciones del contratista, o no corresponden a los seis (6) sitios mencionados en el Acta de julio de 2.002-, no quedarán cubiertos por las reglas dictadas por el Tribunal de arbitramento para resolver los conflictos relacionados con los sitios inestables, y sobre ellos, de surgir el conflicto sobre la responsabilidad para atenderlos, la parte interesada deberá convocar a un Tribunal de arbitramento que dirima la controversia.

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas la aribramento / PROSPERIDAD DE LA CAUSAL NOVENA DE ANULACION - No conduce a la anulación del laudo, sino que corrija o adicione la decisión

De conformidad con el inciso segundo del art. 165 del decreto 1.818 de 1998, la prosperidad de la causal anterior no conduce a la anulación del laudo, sino a que se corrija o adicione la decisión, es necesario estudiar la última causal de anulación alegada, porque de prosperar habría que actuar en el mismo sentido, pero sobre la parte de la decisión que corresponda. (...) la Sala recordará lo manifestado en otras ocasiones en torno al alcance de esta causal, en el sentido de que parte de una hipótesis bastante simple, como es que el Tribunal de arbitramento haya omitido o dejado de decidir un asunto, planteado en la demanda o en su contestación. Se ha indicado que esta causal tiene su razón de ser en el artículo 304 del CPC., según el cual, las sentencias deben “... contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código.”

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 9 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 165.2 / CODIGO DE CEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72.5

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar providencia de 5 de julio de 2006, exp.31887.

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria la Panamericana S.A / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA DE ANULACION - Pretensión no propuesta por la parte recurrente / CAUSAL NOVENA DE ANULACION - No tiene como presupuesto para interponerla que sólo puede hacerlo quien formuló la pretensión desatendida / CAUSAL NOVENA DE ANULACION - Cargo no prospera

Para la Sala, en el caso concreto, conviene hacer una precisión procedimental en relación con esta causal, a partir de la observación final que hizo la convocada en

el memorial con el cual presentó su posición frente al recurso de anulación. Se trata de determinar si el vicio que recae en un laudo por abstenerse de resolver una pretensión sólo lo puede alegar la parte que la formuló, o si cualquiera puede hacerlo, incluido el Ministerio Público, que es parte del proceso. La Sala considera que el control sobre la legalidad del laudo es un asunto que no inhibe a ninguna parte para discutir su validez, porque se trata de normas de orden público, cuyo establecimiento no sólo beneficia a quien la alega, sino también al sistema jurídico y, sobre todo, al judicial, porque el control de legalidad del laudo sirve para fiscalizar a quienes transitoriamente ejercen la función de administrar justicia, independientemente del resultado que produzca el estudio del recurso. Adicionalmente –y este argumento sería suficiente para despachar desfavorablemente el de defensa de la parte convocada-, lo cierto es que la causal novena de anulación alegada no tiene como presupuesto para interponerla que sólo puede hacerlo quien formuló la pretensión desatendida. En estos términos, a diferencia de otras causales de anulación, donde la ley estableció requisitos de procedibilidad para proponerlas –como las causales 1, 2, 4 y 7 del art. 163-, en las demás, como la del caso concreto, la ley simplemente indicó que los laudos se pueden anular por “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, sin condicionar, cualificar o restringir la manera como procede, así que mal podría el juez del recurso de anulación exigir y añadir a la ley requisitos que no estableció para interponerlo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 9

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 31 de enero de 2011, exp. 37788

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, DC., julio cinco (5) de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00019-01 (40718)

Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Referencia: ANULACION LAUDO ARBITRAL

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de enero de 2.011, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Departamento de Cundinamarca –en adelante el Departamento, o el concedente, o la convocante- y la Concesionaria

Panamericana SA. –en adelante el concesionario, el contratista o la convocada-, con ocasión del contrato de concesión No. OJ - 121 -97, suscrito el 16 de diciembre de 1.997.

ANTECEDENTES

Entre el Departamento y la convocada, se celebró el contrato No. OJ–121-97, el 16 de diciembre de 1.997, cuyo objeto fue la realización, por el sistema de concesión, del proyecto denominado Corredor Vial del Centro - Occidente de Cundinamarca, integrado por los trayectos Los Alpes - Villeta - Chuguacal - Cambao”.

En la estipulación número 43 se incluyó la cláusula compromisoria, la cual fue utilizada por el Departamento para convocar al concesionario al Tribunal de arbitramento, aunque éste, a su vez, formuló demanda de reconvención para que se declarara la responsabilidad de aquél, por el incumplimiento de sus obligaciones. La demanda inicial fue presentada el 11 de octubre de 2.006 y contestada en tiempo oportuno. La decisión se dictó el 26 de enero de 2011.

1. El laudo

Negó las excepciones propuestas por la convocante y la convocada, es decir, las de indebida acumulación de pretensiones e ineptitud sustantiva de la demanda; y aclaró que la acción ejercida por las partes fue la correcta, además de que fue oportuna, teniendo en cuenta que el contrato de concesión se encontraba en ejecución –fl. 26, cdno. ppal.-.

En un capítulo aparte negó la excepción de falta de competencia, propuesta por el departamento, en relación con algunas pretensiones de la demanda de reconvención –fls. 26 vto. a 27 vto., cdno. ppal.-. En el mismo sentido, negó la excepción de nulidad relativa por los vicios del consentimiento que recaerían sobre la suscripción del Reglamento de Operaciones de la concesión –fls. 28 a 29 vto.-.

Ahora, en relación con la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario –en los términos de la demanda que hizo la convocatoria al Tribunal- , se pronunció de la siguiente manera, distinguiendo los diferentes conceptos:

En cuanto a la “prevalencia del reglamento del pliego de condiciones” sobre el contrato y el reglamento inicial, fue negado porque no era posible que el departamento introdujera modificaciones a las obligaciones del concesionario, a través del Reglamento de Operaciones que sirvió para preparar la propuesta, y por eso sus deberes son los del reglamento inicial.

Sobre la “mora en la instalación de básculas dinámicas”, negó su pago, porque la báscula que el Departamento exige para la vía no la contempla el Reglamento de Operaciones con que se convocó la licitación, sino que lo hace el Reglamento modificado, pero el concesionario está obligado a cumplir el primero –fl. 53 fte.-.

En cuanto a la “mora en la puesta a disposición de la concesión de 3 carros-grúa y de 3 ambulancias”, se condenó al concesionario a disponer de una ambulancia adicional para la vía y sus usuarios –fl. 55 fte.-.

Lo mismo dispuso en relación con la “mora en la construcción de 3 áreas de descanso”, porque condenó al contratista a construir dos zonas –fl. 59 fte.-.

Pero negó la pretensión por “mora en la entrada en operación de la policía de carreteras”, porque el contratista cumplió la obligación en relación con este aspecto, teniendo en cuenta que el Departamento, no el contratista, es quien tiene la capacidad para negociar con la Policía Nacional el alcance del deber de vigilancia que a éstos corresponde realizar sobre la vía pública –fls. 70 vto. a 71 fte.-.

En cuanto a la “mora en la señalización horizontal y vertical y demarcación en algunos tramos de vía”, declaró que el concesionario no incumplió la obligación contractual de poner “tachas” sobre la carretera, porque su deterioro temprano no es imputable a su conducta, sino a las condiciones de la vía -fl. 80 vto.-.

Asimismo, sobre la “mora en la instalación de la señalización horizontal y vertical”, señaló que el concesionario tampoco incumplió; aunque a renglón seguido agregó –curiosamente- que en todo caso éste debe ejecutar las labores propias de estas actividades, para corregir las deficiencias halladas por los peritos -fl. 79 fte.-.

También negó la pretensión de la convocante por “mora del concesionario en la reparación y mantenimiento para el adecuado funcionamiento de 40 postes SOS”, porque no incumplió la obligación de instalarlos y mantenerlos en la concesión -fl. 95 vto.-.

El Tribunal también rechazó que se hubiera incumplido la obligación del concesionario de “elaborar los diseños y construir un puente en el municipio de Guayabal de Siquima”, en virtud de la participación que la comunidad del sector tuvo en la concreción de su desarrollo -fl. 100 fte.-.

Sobre la “mora en la revegetalización de la vía concesionada”, negó la pretensión porque las partes suscribieron una convención extintiva, en cuya virtud aquello que no haya sido objeto de salvedad expresa en el Acta de Terminación de la Etapa de Construcción se entendía cumplido a satisfacción -fl. 103 vto.-.

En cuanto a la “mora en la construcción de la intersección en el municipio de San Juan de Rioseco”, negó la pretensión, porque el concesionario sí construyó la infraestructura, y los términos de su ejecución se cumplieron correctamente, según lo acordado en el Acta de Terminación de la Etapa de Construcción -fl. 109 vto.-.

La pretensión por “mora en el mantenimiento vial de la calle principal del municipio de Viani” también se negó, porque no se demostró que la causa del retraso fuera atribuible al concesionario -fl. 116 fte.-. Lo mismo aconteció con la “mora en la construcción y pavimentación de la variante del municipio de Viani”, porque la imposibilidad de ejecutar la obra obedeció a la negativa de la autoridad ambiental en conceder licencia ambiental para ejecutarla, así que sería un contrasentido que el juez ordenara que se adelantara -fl. 121 fte.-.

Lo mismo sucedió con la “mora en el mantenimiento vial preventivo y rutinario”, pues el Tribunal de arbitramento señaló que la convocante no demostró el retardo en relación con la ejecución de la anomalía reportada por el perito, ni en las demás actuaciones pendientes, que según el peritazgo se reportaron como cerradas -fl. 149 fte.-.

En relación con la “mora en la instalación de los espesores de asfaltos pactados”, se negó la pretensión porque tampoco se demostró que los diferentes tramos de la

vía tuvieran un espesor de la carpeta asfáltica diferente de la contratada -fl. 160 vto.-.

El Tribunal también hizo un análisis detallado y profundo de los “sitios críticos o inestables”. Luego de revisar los pliegos de condiciones y la oferta presentada por la parte convocante en el proceso de licitación, concluyó, apoyado en el dictamen pericial –fls. 331 a 332 del laudo-, que los trabajos propuestos no incluían intervenciones de gran envergadura para estabilizar sectores afectados por procesos de erosión o movimientos en masa. De manera que estos trabajos correspondían a obras complementarias, porque no fueron contempladas ni por el Departamento ni por el concesionario. Así mismo, estimó que estaba acreditado que el proponente no incluyó en la oferta la ejecución de obras para el manejo de aguas subsuperficiales, ni para drenajes u obras de contención, además de que el tratamiento de aguas profundas tampoco hace parte, en condiciones normales, del trabajo de mantenimiento de una concesión de esta naturaleza.

Agregó que durante la ejecución, concretamente el 21 de diciembre de 2.001, las partes suscribieron un contrato adicional, por cuya virtud el Departamento asumió la ejecución de 13 sitios inestables, ubicados en los sitios precisados allí mismo, y que se encuentran a lo largo de la vía concesionada –fls. 346 a 349 del laudo-, quedando por fuera otros, sobre los que no hubo acuerdo acerca de la responsabilidad para su tratamiento e intervención.

Concluyó, luego de analizar dos contratos adicionales más, que la voluntad de las partes fue que el concesionario asumiría los trabajos necesarios para estabilizar los sitios críticos cuando fueran producto del incumplimiento de sus obligaciones contractuales; y que era responsabilidad del Departamento cuando obedecieran a situaciones imprevisibles e irresistibles –fls. 351, 405 y 407 del laudo-. Esta solución –agregó el Tribunal-, debe extenderse no sólo a los sitios críticos identificados por las partes, sino a los demás que surjan durante la ejecución de la concesión –fl. 387 del laudo-. En este orden de ideas, el Tribunal precisó que la única razón por la cual podría hacerse responsable al concesionario de un sitio crítico es por el incumplimiento de sus obligaciones, y que el Departamento no acreditó en el proceso la relación de causalidad entre los sitios inestables y la culpa del concesionario –fl. 405 del laudo-.

En cuanto a la pretensión por la “ruptura del equilibrio financiero del contrato en contra del Departamento” –fls. 408 a 427 del laudo-, fue negada porque en sentir del Tribunal se apoyó en los mismos supuestos de hecho analizados hasta ahora, de manera que en la mayoría ni siquiera se declaró la responsabilidad del contratista, y en los pocos casos en que se hizo no existe prueba de que la entidad sufrió perjuicios –fl. 426 del laudo-.

Concluido el análisis de la demanda que convocó al Tribunal de arbitramento, el Tribunal estudió la demanda de reconvención, y negó la mayoría de las pretensiones, pero concedió las siguientes:

Sobre la “devolución del pago de peaje de los vehículos destinados a la concesión”, condenó al Departamento a reembolsar al concesionario los peajes pagados por los vehículos de su propiedad, y que están destinados al funcionamiento y operación de la concesión, pues técnicamente no son usuarios de la vía porque se limitan a prestar el servicio y a cumplir las obligaciones del contrato –fls. 477 a 483, del laudo-.

En cuanto a la “asunción de los sitios inestable a que se refiere el Acta de julio 22 de 2.002”, en la demanda de reconvención se solicitó que el Tribunal aplicara a las seis (6) inestabilidades reseñadas en el Acta de julio 22 de 2.002 el mismo tratamiento dado a las demás inestabilidades que asumió el Departamento. Incluso, se sugirió en los alegatos de conclusión que se extendiera a los 14 sitios que no fueron definidos en el contrato adicional No. 14. El Tribunal, al resolver, declaró que no podía referirse a esos 14 sitios, porque no hicieron parte de la pretensión de la demanda de reconvención, sino tan sólo a los 6 sitios a que se refiere el Acta. No obstante, agregó que las diferencias relacionadas con los 14 sitios inestables, y los demás que surjan en la ejecución del contrato, podrán resolverse aplicando los criterios usados por el Tribunal en este laudo –fl. 486 del laudo-.

Finalmente, señaló que los 6 sitios críticos a que se refiere el Acta de julio 22 de 2.002 los debe asumir el Departamento, y para ello tiene que suscribir contratos adicionales con el concesionario –no con un tercero-, para que realice las obras.

5. El recurso de anulación, la posición de la convocada y el concepto del Ministerio Público.

El recurso fue presentado por el Departamento de Cundinamarca -fl. 302, cdno. ppal.-, e invocó las causales No. 6, 8 y 9 del artículo 163 del decreto 1.818 de 1.998. Para una mejor comprensión del tema, la Sala resumirá no sólo el recurso, causal por causal, sino que a continuación hará lo mismo con la posición de la parte convocada y con la del Ministerio Público.

5.1. Causal 6 del art. 163 del decreto 1.818 de 1.998: “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*”

a. Posición del recurrente

Afirma que en la pretensión séptima de la demanda de reconvención la Concesionaria Panamericana pidió al Tribunal que declarara que los vehículos de su propiedad no estaban obligados a pagar el costo del peaje, en las estaciones Jalisco y Guayabal, mientras estuvieran prestando el servicio. Señaló que el Tribunal accedió a esta pretensión, es decir, los exoneró de pagar el peaje, creando una excepción que no contempla la ley 787 de 2.002.

El Tribunal de arbitramento apoyó la decisión aduciendo que sólo los usuarios del servicio están obligados a cubrir el valor del peaje, pero que los vehículos del concesionario, que están destinados a mantener, construir y conservar la vía, no pueden calificarse como usuarios del sistema vial. Para llegar a esta conclusión se apoyó en la definición de la palabra *usuario* que contiene el diccionario de María Moliner, así como en la noción que ofrece la ley 142 de 1.994.

Por esta razón -continúa afirmando el recurrente-, “con todo respecto, considero que el Tribunal, al definir el término usuario, acudiendo a las fuentes arriba citadas –el diccionario de María Moliner y la ley 142 de 1.994- y con el propósito de delimitar –o mejor, definir- el ámbito natural de aplicación del art. 21 de la ley 105 de 1.993, terminó fallando la controversia que le sometida (sic) a su consideración conforme a los dictados de la equidad, para lo cual no había sido autorizado por las partes.” -fl. 325, cdno. Ppal.-.

En resumen, para el Departamento, todos los vehículos que usen la infraestructura deben pagar el peaje, salvo los taxativamente previstos en el art. 21 de la ley 105,

y el Tribunal no podía exonerar los automotores de la sociedad concesionaria, y menos acudiendo al diccionario y a la ley citada, porque interpretó equivocadamente la ley.

b. Posición del concesionario

Defendió la decisión del Tribunal, alegando que en virtud de la ley 153 de 1.887 los jueces pueden apoyarse en la analogía para resolver los vacíos que contengan las normas –en este caso la ley 105 de 1.993-. De allí que, el apoyo que se hizo en la ley 142 de 1.994 y en el diccionario de María Moliner constituye un recurso válido para definir la noción de *usuario* de la infraestructura de transporte -fl. 349, cdno. Ppal.-.

También negó que el laudo creara una excepción legal a la obligación de pagar el peaje en la concesión que administran, porque es claro que los vehículos de su propiedad no son usuarios de la vía, y por eso no deben pagar cuando cruzan por las casetas. En este orden, el Tribunal no falló en equidad, porque se apoyó en la ley, en el contrato, en las pruebas y definió la palabra usuario con ayuda de la analogía *iuris*.

c. Concepto del Ministerio Público

Considera que si bien el Tribunal tuvo en cuenta la noción de usuario atendiendo a la acepción del diccionario de María Moliner, no por eso el falló es en conciencia, porque el texto contiene razonamientos jurídicos, apoyados en normas también jurídicas, así como en las pruebas del proceso –fl. 381 vto., cdno. ppal.-.

5.2. Causal 8 del art. 163 del decreto 1.818 de 1.998: “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*”

El recurrente considera que esta causal se configuró por dos razones distintas:

5.2.1. *Por “la exoneración de la obligación de pago de peaje para los ‘vehículo de servicio de la concesionaria’ ” –fl. 329, cdno. ppal.-*

a. Posición del recurrente

Estructuró esta causal con fundamento en los mismos supuestos materiales de la anterior, es decir, recordó que en la pretensión séptima de la demanda de reconvencción la Concesionaria Panamericana SA. pidió al Tribunal que declarara que los vehículos de su propiedad no estaban obligados a pagar el costo del peaje, en las estaciones Jalisco y Guayabal, mientras estuvieran prestando el servicio. Señaló que el Tribunal accedió a esta pretensión, porque exoneró estos vehículos del pago del peaje, creando una excepción que no contempla la ley 787 de 2.002. El Tribunal consideró que sólo los *usuarios* del servicio están obligados a pagar el peaje, y que los carros del concesionario, destinados a mantener, construir o conservar la vía no. Para llegar a esta conclusión se apoyó en la definición de la palabra *usuario*, según el diccionario de María Moliner, así como en la noción de la ley 142 de 1.994.

Adicionalmente considera que "... el Tribunal, al definir el término 'usuario' acudiendo a las fuentes arriba citadas... a efectos de delimitar él mismo el ámbito natural de aplicación del artículo 21 de la ley 105 de 1.993... terminó o bien restringiéndolo indebidamente, o bien estableciendo una nueva y muy particular excepción de la obligación general de pago establecida en el mismo, abandonando así el marco estricto del debate sobre el pretendido incumplimiento contractual que fue sometido a su consideración y, de contera, desbordando su propia competencia." –fl. 331, cdno. ppal.-

Agregó que el Tribunal, con este proceder, llevó los efectos del laudo más allá de lo que le fue encomendado, porque estableció una exención más a la obligación de pagar el peaje –cuando sólo la ley 105 pudo hacerlo-: *los vehículo de operación de la concesionaria*. Por tanto, "... el Tribunal terminó abandonando los terrenos estrictamente relacionados con el debate sobre el pretendido incumplimiento de obligaciones contractuales del Departamento de Cundinamarca, y, por ende, incursionando en otros reservados al legislador." –fl. 335, cdno. ppal.-

b. Posición del concesionario

Defendió el laudo, porque en la demanda de reconvencción se solicitó al Tribunal que declarara que los vehículos del concesionario no estaban obligados a pagar el peaje –pretensión séptima-, y esa pretensión fue la que resolvió, concediéndola. Por esta sencilla razón, el laudo sí recayó sobre puntos sujetos a la decisión de los

árbitros. De esta manera, la congruencia que exige el art. 305 del CPC. fue observada rigurosamente.

c. Concepto del Ministerio Público

Considera que esta causal debe prosperar, porque el Tribunal de arbitramento excluyó de la calidad de *usuario* a los vehículos de la concesión, cuando sólo el legislador puede establecer exenciones tributarias, por tanto: "... invadió la competencia que corresponde al legislador para exonerar del pago de la tarifa de peaje a un grupo de vehículos de la Concesionaria Panamericana SA." -fl. 384 vto., cdno. ppal.-. En conclusión –que reiteró de diversas maneras y en varios lugares-, como sólo el legislador puede definir o determinar aspectos como la exoneración de tasa o impuestos, el Tribunal se pronunció sobre un asunto que no era de su competencia.

5.2.2. *Por "la atención de eventos futuros en los denominados 'sitios críticos' o 'sitios inestables.' "*

a. Posición del recurrente

Apoyado en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda del Departamento, que aluden a la atención técnica de los denominados "sitios críticos" de la concesión, y teniendo en cuenta que el Tribunal resolvió que el concesionario sí cumplió con las obras encomendadas, en relación con los sitios a su cargo, y además agregó que si en ellos surgen nuevas inestabilidades será por cuenta del Departamento, salvo problemas o defectos constructivos, y que en los demás "sitios inestables", "... nada obsta para que estos criterios, atendiendo la regla de la 'interpretación extensiva' establecida por el artículo 1623 del Código Civil, sean de aplicación a la generalidad de los sitios que se identifiquen en la carretera concesionada..." -fl. 337, cdno. ppal.-

En estos términos, el recurrente considera que el Tribunal de arbitramento se excedió en relación con las materias que le fueron sometidas en la demanda, al decidir que los trabajos que en el futuro deban realizarse sobre los "sitios inestables o críticos" quedaban a cargo del Departamento, lo que se hace evidente al cotejar las pretensiones y la decisión del Tribunal, además de que afecta la

futura ejecución del contrato de concesión, porque se asignó la obligación de atender las nuevas fallas que se presenten en esos sitios.

b. Posición del concesionario

Llamó la atención sobre el hecho de que este laudo se expidió cuando apenas había transcurrido la mitad del plazo del contrato de concesión, de manera que le parece lógico y obvio que lo decidido produzca efectos sobre el.

Ahora bien, a partir de las pretensiones involucradas en esta causal, comenta que quien las formuló fue el Departamento, y buscaba que el Tribunal declarara que el concesionario debía asumir los sitios inestables de la carretera. El laudo las resolvió, y estudio el tema de fondo, señalando las reglas bajo las cuales las partes debían asumir los trabajos que demandaban estos sitios, lo que se ajustó tanto al contrato como a las pretensiones -fls. 363 a 364, cdno. ppal.-. De esta manera, para la convocada todo indica que el recurrente pretende que se estudie nuevamente el fondo de este aspecto litigioso, lo que está proscrito a través de un recurso de anulación.

c. Concepto del Ministerio Público

No emitió concepto sobre este segundo aspecto de la causal octava de anulación.

5.3. Causal 9 del art. 163 del decreto 1.818 de 1.998: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

a. Posición del recurrente

Afirma que en la pretensión octava de la demanda de reconvención la Concesionaria Panamericana SA., solicitó al Tribunal que le ordenara al Departamento que asumiera el mantenimiento de los *sitios inestables* relacionados en el “acta de 22 de julio de 2.002” suscrita entre las partes. Al resolver, el Tribunal dispuso que sólo se pronunciaría sobre seis (6) sitios, que son lo que las partes acordaron asignar a una de ellas, y que los otros catorce (14) no serían objeto de pronunciamiento, porque en el acta quedaron pendientes de una definición posterior, y la pretensión sólo alude a los sitios relacionados en dicha acta -fls. 338, cdno. ppal.-.

b. Posición del concesionario

Considera que el Tribunal sí decidió la pretensión octava de la demanda de reconvencción, porque se le pidió que se pronunciara sobre los sitios inestables a cargo del Departamento, a que se refiere el Acta del 22 de julio de 2.002, de allí que como sólo seis (6) fueron asignados al Departamento para que los atendiera – suscribiendo los contratos adicionales para ello-, los otros catorce (14) no quedaron asignados a ninguna de las partes, y por eso el Tribunal no podía referirse a ellos -fls. 369, cdno. ppal.-.

Además, llamó la atención porque la pretensión que se considera indebidamente atendida no la formuló el Departamento de Cundinamarca sino el concesionario.

c. Concepto del Ministerio Público

Indicó que “las consideraciones señaladas por el Tribunal de arbitramento para decidir la totalidad de las pretensiones relacionadas con los sitios inestables, tanto de la demanda como de la contestación de la demanda, y los parámetros dados a las partes para resolver las diferencias sobre los sitios críticos que por deficiencia probatoria no se pudo establecer a quién le correspondía asumir su reparación, dan lugar a señalar que no se incurrió en una incongruencia en el laudo arbitral, descartando de esta manera la causal de anulación del laudo alegada por las partes hoy en el conflicto.” -fl. 388 vto., cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

Previo a realizar el estudio que corresponde, advierte la Sala que el laudo se corregirá, porque prosperará una causal de anulación, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Para fundamentar esta conclusión se analizarán los siguientes temas: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, *ii)* la causal sexta de anulación: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”; *iii)* la causal octava de anulación, con los dos enfoques que introdujo el recurrente: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido

más de lo pedido; iv) la novena causal de anulación: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” y v) la corrección del laudo.

1. La competencia

El laudo recurrido decidió las controversias surgidas entre el Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria Panamericana SA., con ocasión del contrato de concesión No. OJ-121-97, celebrado el 16 de diciembre de 1.997, y cuyo objeto fue la realización, por el sistema de concesión, del proyecto denominado Corredor Vial del Centro - Occidente de Cundinamarca, integrado por los trayectos Los Alpes - Villeta - Chuguacal - Cambao”.

Bajo esta perspectiva, y de conformidad con el artículo 128.5 del CCA.¹, el Consejo de Estado conoce, privativamente y en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones. De igual forma, según lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993², la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales.

Ahora bien, los tres contratos que originaron las controversias -según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993³- son estatales, porque fueron celebrados por una entidad sometida a dicho estatuto, como lo es el Departamento de Cundinamarca. Bajo este entendimiento, considerando que el contrato de concesión celebrado entre el Departamento y la convocada es de naturaleza estatal, la competencia para

¹ Art. 128.5, CCA.: “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.”

² Art. 75, Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

³ Según dicha norma: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

conocer del presente recurso radica en la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴.

Además de estas razones, en relación con el criterio orgánico, la Ley 1.107 de 2.006 también prescribe que las controversias relacionadas con la actividad de las entidades públicas son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, como el Departamento es una entidad estatal, entonces esta jurisdicción es competente para conocer los litigios generados con sus actuaciones. Es así como el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2.006 –que modificó el artículo 82 del CCA.- dispone:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas 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.”

Por lo anterior, esta Sección es competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto por el Departamento, contra el laudo proferido el 26 de enero de 2.011 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad pública y la Concesionaria Panamericana SA.

⁴ Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007-, que establece: “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.” (Negrilla fuera del texto)

2. Causal 6: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

2.1. Consideraciones sobre el laudo en conciencia, y sus relaciones con la equidad en los procesos arbitrales.

La posición de la recurrente se resume en que la parte convocada, en su demanda de reconvención, le pidió al Tribunal que declara que los vehículos de su propiedad, que están al servicio de la concesión, no estaban obligados a pagar el peaje que los usuarios de la vía cancelan en las estaciones de Jalisco y Guayabal, teniendo en cuenta que el Departamento, a la fecha de la demanda, le obliga a pagarlo.

El Tribunal accedió a la pretensión, y con esa decisión –considera el recurrente– creó una exención tributaria que sólo la ley puede establecer, apoyado en la noción de usuario que contienen el diccionario de María Moliner y la ley 142 de 1.994. Por esta razón, “con todo respecto, considero que el Tribunal, al definir el término usuario, acudiendo a las fuentes arriba citadas –el diccionario de María Moliner y la ley 142 de 1.994- y con el propósito de delimitar –o mejor, definir- el ámbito natural de aplicación del art. 21 de la ley 105 de 1.993, terminó fallando la controversia que le sometida (sic) a su consideración conforme a los dictados de la equidad, para lo cual no había sido autorizado por las partes.” -fl. 325, cdno. Ppal.-

Antes de analizar el caso concreto, conviene recordar que sobre esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley⁵.

En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia.

⁵ Sentencia de 6 de Julio de 2005. Exp. 28.990.

Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. En tal sentido, el Consejo de Estado indicó en el año 2.000 que:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure -deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho –art. 70, inciso 2⁶, ley 80-, o técnicos –art. 74, ley 80⁷-.

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los Tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in iudicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.’”⁸

⁶ Dice esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

⁷ Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

En este orden de ideas, para que un laudo se considere proferido en conciencia la valoración de la *causa petendi* y su resolución debe ser producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de la justicia, de lo correcto, de lo bueno y de lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen reglas de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial.

En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia o equidad es el menosprecio que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones – por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, quienes deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se apoya en una idea de justicia personal o individual del árbitro, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas jurídicas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal.

Claro está que la equidad no ha sido proscrita absolutamente de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado, porque la misma Constitución Política, en el inciso segundo del art. 230, establece que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede

ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra atada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos.

Sin embargo, cuando la equidad se usa como criterio auxiliar, no significa que el juicio y la decisión que contiene el laudo se haya dictado en conciencia, sino que, siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que se pretenda encubrir en la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor.

De manera que el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que esta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso *sub iudice*, para preferir el juicio personal sobre el institucional que se representa en las normas y las reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

2.2. *El caso sub iudice.*

Con fundamento en lo señalado, considera la Sala que los argumentos formulados por el recurrente no prosperarán, porque de su estudio se desprende, con facilidad, que el Tribunal se fundamentó en la ley, en el contrato estatal –que es una norma vinculante para las partes-, para decidir las pretensiones y los argumentos de la defensa. En particular, se nota a simple vista que analizó el art. 21 de la ley 105 de 1.993, que regula los peajes en las vías concesionadas y no concesionadas del país. Concluyó que el literal b) exige cobrárselo a todos los usuarios de la infraestructura, lo que a su vez le exigió precisar quién es usuario para esos efectos.

Fue por esto que con apoyo en el diccionario de María Moliner, así como en la noción de usuario que contempla la ley 142 de 1.994, concluyó que los vehículos del concesionario, empleados en la operación y mantenimiento de la vía, y que se desplazan para cumplir el trabajo que tienen asignado, no son usuarios de la infraestructura, y por eso no deben pagar peaje.

No obstante, al recurrente le parece que esta forma de abordar el problema jurídico comportó una decisión en conciencia; pero la Sala no comparte esta apreciación porque en realidad lo que el Tribunal hizo fue interpretar la norma que definía el conflicto jurídico, ante la necesidad de precisar el alcance de la disposición. En efecto, para determinar quiénes deben o no pagar el peaje es necesario examinar el art. 21 de la ley 105 de 1.993⁹, para esclarecer su sentido.

⁹ “Art. 21. TASAS, TARIFAS Y PEAJES EN LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE A CARGO DE LA NACIÓN. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el Presupuesto Nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.

“Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.

“Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura Nacional de Transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.

“Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:

“a) Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo;

“b) Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas, máquinas extintoras de incendios de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, Cuerpo de Bomberos Oficiales, ambulancias pertenecientes a la Cruz Roja, Defensa Civil, Hospitales Oficiales, Vehículos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vehículos oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, vehículos oficiales del (DAS) Departamento Administrativo de Seguridad y de las demás instituciones que prestan funciones de Policía Judicial;

“c) El valor de las tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio;

“d) Las tasas de peaje serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación;

“e) Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valoración en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.

“PARÁGRAFO 1o. La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del Presupuesto Nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte.

Allí se encuentra claramente establecido que los usuarios deben pagar el peaje – no así los transeuntes, por ejemplo-, aunque algunos están exonerados. Y no cabe duda que entre las causales de exoneración no se encuentran los vehículos de la empresa concesionaria, sin embargo, esto no obstaba para que se hiciera necesario que el Tribunal dilucidara la noción de *usuario*, porque al fin y al cabo los sujetos pasivos de este tributo son ellos, y esa circunstancia imponía estudiar el tema.

Por su parte, el recurrente considera que sólo los vehículos exentos por la ley no deben pagar la tasa, y no admite que el Tribunal indague por la noción misma de *usuario*, para precisar y determinar quién más debía cancelarla. A la Sala, en cambio, no le parece que el análisis jurídico que hizo el laudo hubiera incurrido en una decisión en conciencia, pues una cosa son los *sujetos pasivos* de un tributo, otra *los que no son sujetos pasivos* y otra diferente los *sujetos exentos* del mismo. Basta la siguiente explicación para comprenderlo.

Al paso que los *sujetos pasivos* son los que deben pagar un impuesto, tasa o contribución –en el caso concreto los usuarios de la infraestructura vial-, porque forman parte del conjunto de individuos que objetivamente deben hacerlo –es decir los usuarios-; *los sujetos que no alcanzan a integrar la calidad de sujetos pasivos* son los que no forman parte del supuesto jurídico que los identifica –en el caso concreto, quienes no son usuarios-; mientras que los *sujetos exentos* son los que objetivamente forman parte de la calidad de sujetos pasivos de un tributo - porque realizan la actividad gravada- pero la ley –o los acuerdos o las ordenanzas- los excluyen expresamente del deber de pagar la tasa, impuesto o contribución. Es decir, que al paso que quienes no son sujetos pasivos no realizan la actividad gravada, los sujetos exentos son sujetos pasivos que no tiene la carga de cancelar el impuesto o tasa.

“PARÁGRAFO 2o. Para tener derecho a la exención contemplada en el literal b), es de carácter obligatorio que los vehículos allí relacionados, con excepción de las bicicletas y motocicletas, estén plenamente identificados con los emblemas, colores y distintivos institucionales de cada una de las entidades y organismos a los cuales pertenecen. Para efectos de control, el Ministerio de Transporte reglamentará lo pertinente.

“PARÁGRAFO 3o. Facúltese a las Entidades Territoriales para decretar las exenciones contempladas en el literal b), del artículo 1o.

“PARÁGRAFO 4o. Se entiende también las vías "Concesionadas".

En estos términos, a la Sala no le queda la menor duda que el razonamiento que hizo el Tribunal es perfectamente jurídico, no en equidad –con independencia de la validez o acierto de su resultado analítico-, toda vez que mientras que el recurrente considera que desentrañar, analizar, precisar o identificar quién es usuario de una infraestructura vial es lo mismo que establecer una exención, la Sala estima que no lo es, porque quien no es *sujeto pasivo* no se convierte en un *sujeto exento* del impuesto –aunque en términos materiales conduzca a lo mismo; pero no en términos jurídicos-. Se trata, simplemente, de un sujeto no gravado, es decir, de uno que no alcanza a integrar objetivamente la calidad de sujeto pasivo.

Es por esto que bien podía –y debía- el Tribunal de arbitramento, con fundamentó en los criterios auxiliares del derecho, y también en su conocimiento jurídico, desentrañar quién es y quién no es usuario, es decir, quién es sujeto pasivo de la vía concesionada y quién no. Al hacerlo no creó una exención más, que incrementara las de origen legal, sino que precisó la noción de usuario, y por eso mismo su decisión no constituyó una valoración en equidad sino en derecho –al margen de la corrección o incorrección del resultado-, para lo cual bien pudo apoyarse en la ley 142 de 1.994 o en la noción que de esa expresión usa el idioma castellano –al margen, se insiste, de la corrección de ese método- comoquiera que este sistema de análisis hermenéutico también lo emplean los jueces de la República, incluidas las Altas Cortes.

Además, el hecho de que el juez necesite interpretar una norma, o un concepto de ella, o toda una institución jurídica, para dirimir un conflicto, no significa que la operación cognitiva y el raciocinio que se emplea constituya una forma de valoración en conciencia del problema planteado. Sabemos que hace parte del análisis jurídico –y curiosamente también de un análisis en conciencia- la interpretación de los textos, para desentrañar su sentido y poder aplicarlos a casos concretos. Para adelantar esta tarea el juez se sirve de diversas técnicas –incluso a fls. 358 a 372 del laudo se expone extensamente las técnicas de interpretación de un contrato-, pero todas ellas integran el derecho, no están fuera de él, de allí que interpretarlo es hacer derecho, y su materialización no puede confundirse con una actuación basada en la equidad o en la conciencia.

Ahora, la interpretación por analogía, que fue lo que aplicó el Tribunal cuando se remitió a la noción de usuario prevista en la ley 142 de 1.994 -que regula los servicios públicos domiciliarios, no la infraestructura vial-, es una técnica jurídica

aceptable, que esta jurisdicción no reprocha como forma de razonamiento jurídico para entender un concepto precisamente jurídico, desde el derecho mismo. Ahora, el resultado de esa operación intelectual no lo juzgará esta Sala, porque implicaría entrometerse en la decisión de fondo, cuando tan sólo debe verificar que la decisión no haya sido en conciencia sino en derecho, y lo que se viene indicando es que por esta sola reflexión la calidad de su contenido es, sin duda alguna, jurídica.

Lo mismo cabe señalar de la posibilidad de interpretar una expresión con ayuda de un diccionario de la lengua española –cualquiera que sea-, teniendo en cuenta dos circunstancias, que califican su utilización como una herramienta al servicio del análisis jurídico riguroso, y no de la equidad o la conciencia. De un lado, el hecho de que se trata de una técnica que utilizan los jueces para llenar de contenido conceptos que no necesariamente tienen un alcance jurídico especial que lo diferencia del lenguaje común. En este orden de ideas, es usual que las sentencias de las altas cortes interpreten los conceptos jurídicos con ayuda del diccionario, para precisar el sentido que adquiere una expresión en el derecho.

De otro lado, la posibilidad y la necesidad de interpretar un concepto incorporado en una norma, que corresponde al mismo del idioma español, puede hacerse con ayuda del diccionario, lo que, incluso, goza de apoyatura normativa. Se trata de los artículos 28 y 29 del Código Civil –que proceden de la ley 153 de 1.887-, que disponen que las palabras de una ley se deben interpretar según su uso natural - es decir, el del idioma español-, salvo cuando tengan un alcance técnico-legal, en cuyo evento habrá de atenderse a él¹⁰. Esto significa que el juez, por mandato de esta disposición, puede interpretar la norma ayudado del sentido natural de las palabras, y por esta misma razón esta forma de proceder es jurídica en sí misma, porque la ampara la ley.

De esta manera, la causal sexta de anulación no debe prosperar, porque el laudo no fue expedido en conciencia. En efecto, al impugnante no le asiste la razón, por cuanto el Tribunal de arbitramento llegó a la decisión basándose en el

¹⁰ “Art. 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

“Art. 29. Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.”

ordenamiento jurídico y no, como lo sostiene aquél, con absoluto desconocimiento de la normativa que regula el negocio celebrado por las partes. Esto demuestra que no fue la libre apreciación del Tribunal, sino su respeto al análisis conceptual jurídico, lo que le condujo a tomar la decisión impugnada ahora. Esto conduce a la Sala a sostener que el laudo no se expidió en conciencia sino en derecho, y por eso no es ajeno a la realidad normativa que debía observar.

Además, si en gracia de discusión fuera admisible el debate que ofrece el recurrente, tampoco se advertiría que fuera evidente que el laudo se dictó en conciencia, pues recuérdese que la causal sexta de anulación que se discute exige que "... esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo", y de ninguna manera esto es predicable del laudo que se revisa, pues la apoyatura conceptual adicional del Tribunal para resolver la pretensión condenatoria de la convocante se desenvuelve en reflexiones que circulan alrededor del contrato, de las pruebas y de la ley aplicable, de allí que ni siquiera bajo este supuesto se podría acceder a lo que pretende el recurso de anulación.

3. Causal 8: "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido."

3.1. Consideraciones generales sobre la causal octava de anulación.

Según la jurisprudencia de la Sección Tercera, la causal 8 del art. 163 del Decreto 1.818 de 1.998 se materializa en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncia sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería *extra* o *ultra petita*. Sobre el tema, se ha expresado:

"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).¹¹

En igual sentido, esta Sección, en sentencia de junio 8 de 2.006, expuso los aspectos que estructuran la presente causal. En esa oportunidad señaló:

“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

¹¹ Sección Tercera. Sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20.356.

manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”¹²

De esta forma, la causal analizada establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles.

Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo se realiza un examen de la demanda y de la contestación a la misma, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión *extra* o *ultra petita*, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia.

3.2. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido: Por “La exoneración de la obligación de pago de peaje para los ‘vehículos de servicio de la concesionaria’.”

Recuérdese que el recurrente sustentó esta causal con fundamento en los mismos supuestos materiales de la anterior, y en lo esencial sostuvo que en la pretensión séptima de la demanda de reconvención la Concesionaria Panamericana SA., pidió al Tribunal que declarara que los vehículos de su propiedad no estaban obligados a pagar el costo del peaje, en las estaciones Jalisco y Guayabal, mientras estuvieran prestando el servicio. Señaló que el Tribunal accedió a esta pretensión, porque exoneró estos vehículos del pago del peaje, creando una excepción que no contempla la ley 787 de 2.002. Adicionalmente, consideró que “... el Tribunal, al definir el término ‘usuario’ acudiendo a las fuentes arriba citadas... a efectos de delimitar él mismo el ámbito natural de aplicación del artículo 21 de la ley 105 de 1.993... terminó o bien restringiéndolo indebidamente,

¹² Expediente 32.398.

o bien estableciendo una nueva y muy particular excepción de la obligación general de pago establecida en el mismo, abandonando así el marco estricto del debate sobre el pretendido incumplimiento contractual que fue sometido a su consideración y, de contera, desbordando su propia competencia.” –fl. 331, cdno. ppal.-

Agregó que el Tribunal, con este proceder, llevó los efectos del laudo más allá de lo que le fue encomendado, porque estableció una exención más a la obligación de pagar el peaje –cuando sólo la ley 105 pudo hacerlo-: *los vehículos de operación de la concesionaria*. Por tanto, “... el Tribunal terminó abandonando los terrenos estrictamente relacionados con el debate sobre el pretendido incumplimiento de obligaciones contractuales del Departamento de Cundinamarca, y, por ende, incursionando en otros reservados al legislador.” –fl. 335, cdno. ppal.-

Para la Sala, esta causal tampoco prosperará, bajo ninguno de los dos supuestos que ella misma podría contemplar: i) de un lado, que el fallo fuera *extra petita* y, ii) de otro lado, por haberse pronunciado sobre un asunto cuya competencia está proscrita al Tribunal.

Por el primer aspecto, no queda la menor duda de que la parte convocada, en su demanda de reconvención, le confirió competencia al Tribunal de arbitramento para tratar la problemática del pago de peaje de los vehículos de su propiedad, destinados al mantenimiento de la vía concesionada. Basta observar que la pretensión séptima de la demanda solicitó:

“PRETENSIÓN SÉPTIMA.- que se declare que en desarrollo del contrato de concesión OJ-121/97 el concesionario no se encontraba obligado a pagar el importe de la tarifa de peaje de los vehículos de operación en las estaciones JALISCO y GUAYABAL mientras tales vehículos se encuentren prestando los servicios propios de la operación y mantenimiento del proyecto.”

Al contestar la demanda el Departamento se refirió al tema, oponiéndose a la pretensión, argumentando que ni la ley ni el contrato exoneraron los vehículos del concesionario de la obligación de pagar el peaje cuando cruzaran por las casetas respectivas. Incluso, manifestó que algunos conceptos del Ministerio de Transporte, relacionados con vehículos exonerados del pago o por lo menos que pagan tarifa diferencial –policía y ejército-, no son aplicables al caso concreto, porque se refieren a vehículos especiales con un uso diferente.

De allí que, atendiendo a la actitud procesal de las partes, resulta imposible pensar que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, cuando la pretensión sobre este tema fue expresa, así como la defensa frente a la misma, lo que autorizaba a los árbitros a referirse a ella, con la profundidad que reclama cualquier pretensión.

De otro lado, tampoco se puede admitir que el Tribunal, al pronunciarse como lo hizo, incursionó en terrenos que sólo el legislador podía abordar -crear un supuesto de exoneración del pago de peaje-, porque en este lugar aplican las razones expuestas frente a la causal de anulación anterior, en relación con el análisis que demuestra que no se creó una exención, sino que se interpretó el supuesto de hecho constitutivo de los sujetos pasivos del mismo: el usuario del sistema vial.

Por esta misma razón, el pronunciamiento del Tribunal no excedió la competencia que la parte convocada le asignó al Tribunal a través de la demanda de reconvencción, teniendo en cuenta que sí se trataba de un asunto sujeto a su decisión, porque se pronunció sobre materias incluidas en la cláusula compromisoria. Vale la pena referir para este caso la jurisprudencia que sobre esa hipótesis ha proferido la Corporación, porque constituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un Tribunal de arbitramento. Esta idea, simple pero decisiva, entraña varios conceptos que bien vale la pena comentar.

De un lado, expresa que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria, por autorización de la Constitución y la ley, para elegir la arbitral, quien asume la tarea de juzgar y definir los conflictos que se presenten entre ellas. Esta posibilidad modificatoria del juez natural, en todo caso, no supone que las partes puedan quedarse sin juez, ni que se entorpezca para alguna de ellas el derecho de acceso a la administración de justicia; tan solo autoriza que se varíe la jurisdicción que el Estado tiene disponible, constante y permanentemente, para resolver el común de los litigios que pudieran presentarse en un caso particular.

De otro lado, esta potestad modificadora e innovadora que tienen las partes expresa la inmensa riqueza que la autonomía de la voluntad ofrece en la contratación de las entidades públicas, la cual también rige en este ámbito, y aún de manera más fuerte

tratándose de entidades que se gobiernan por el derecho privado. En este sentido, queda claro que las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión.

Incluso, la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en este tema, respetando, desde luego, los límites que el ordenamiento jurídico impone –que la materia sea transigible, por ejemplo-, llega al punto de impedir que el legislador imponga la justicia arbitral a un negocio jurídico. Esta idea, que también ha sostenido la Corte Constitucional, se desprende del artículo 116 CP., que determina que son las partes quienes establecen este mecanismo de solución de controversias, cuando señala, en el inciso final, 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.” (Resalto fuera de texto)

En tercer lugar, y como una variante del anterior punto, es decir, en caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.

Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo, se deduce de las anteriores ideas, que no es posible que el Tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional. Sobre el particular, señaló la Sala, en mayo de 2002, que:

“Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros la Sala precisó:

‘cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

‘Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.’ (...)

De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el Tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”¹³

En consideración a lo anterior, resulta obvio decir que para determinar cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. Respecto al alcance de dicha causal, la Sala afirmó que:

“De una parte, permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella

¹³ Sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. 20.472.

exclusivamente deben circunscribirse. Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial.¹⁴

Posteriormente, en julio de 2002 -exp. 20.356-, la Sala señaló al respecto que:

“Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que **implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.**¹⁵

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.**”

En esta misma línea, la Corte Constitucional precisó que la voluntad de las partes establece los límites de la jurisdicción arbitral. Así, en la sentencia C-1.037 de 2002, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 -modificado por el artículo 119 de la ley 446 de 1998- y los artículos 120 y 121 de esta última ley, señaló que:

“Esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisoria o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral.

¹⁴ Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488.

¹⁵ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992 -exp. 5.326- se dijo: “**En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes.** Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y, únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad.

... la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo del espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.”
(Se subraya)

La Corte Constitucional, al analizar el artículo 116 de la Constitución Política, puntualizó que los límites de la jurisdicción arbitral son: a) la transitoriedad de la facultad que tienen los árbitros para administrar justicia, en cuanto se refiere a un solo y único conflicto actual o potencial, resuelto el cual desaparece la facultad; b) la habilitación de las partes a los árbitros para fallar; y c) el sometimiento de los árbitros a los términos que determine la ley.

Es así como, en materia contractual, los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción.

En este orden de ideas, la Sala reitera que la función jurisdiccional de administrar justicia, en la calidad de arbitro, está circunscrita a la autorización que en tal sentido hace la ley, de un lado y luego las partes del conflicto, de otro lado, de tal manera que se trata de un régimen de doble autorización, según se deduce del artículo 116 CP.

De acuerdo con esto, no basta con que el art. 116 contemple la posibilidad de que los particulares sean investidos, transitoriamente, de la calidad de jueces, para que automáticamente lo hagan, toda vez que la norma agrega, a continuación, que esto procede “en los términos que determine la ley”. De esta forma la Constitución Política condicionó esta posibilidad a la valoración que el legislador hiciera, pudiendo ocurrir que: no lo autorice; o que lo haga en forma generalizada; o que lo permita de manera puntual, es decir, para algunos conflictos.

Ninguna de estas posibilidades rayaría con la inconstitucionalidad, comoquiera que el art. 116 no contiene ni un derecho ni una carga para las partes en conflicto, que les imponga modificar al juez natural de sus controversias –en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, toda vez que la norma debe leerse en el sentido en que allí se le posibilita al legislador asignar a los particulares la potestad de administrar justicia. Al autorizarlo directamente la Constitución –más no imponerlo-, quedó abierta en favor del legislador la oportunidad, clara e innegable, de facilitar el funcionamiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias que involucran el ejercicio del poder judicial –librándonos de una discusión constitucional quizá interminable, puesto que de no existir esta norma se debatiría duramente si el legislador podría hacerlo autónomamente-.

Lo cierto es que en ejercicio de la libertad de configuración legislativa que hoy ofrece la Constitución, el Congreso puede optar por un régimen amplio de asignación de potestad judicial a los particulares, o uno más restringido, o uno intermedio. No obstante, para el caso del arbitramento, no se duda de su fundamento constitucional, pero, sobre todo, de su autorización legal –que es necesaria- la cual está hoy compilada en el decreto 1.818 de 1.998.

Ahora, entre los requisitos constitucionales para el funcionamiento del arbitramento, también se encuentra la habilitación de las partes para dicho efecto, de allí que la ley que implementara este sistema de administración de justicia debía conservar esa condición constitucional. Dos ideas se deducen de esto:

Una, que sólo las partes del conflicto pueden acordar la exclusión del juez natural de las controversias, con el fin de acercarse al arbitramento, lo cual hacen a través de la suscripción de un pacto arbitral, que adopta dos modalidades: cláusula compromisoria o compromiso.

En este orden, los terceros no pueden ser llevados a un proceso de estos, sin haber manifestado su voluntad en tal sentido. Por el contrario, las partes quedan vinculadas al mecanismo libremente acordado, porque deben cumplir los pactos que suscriben.

La otra, que ni siquiera la ley puede obligar a las partes de una controversia contractual a dirimir sus conflictos a través de Tribunales de arbitramento, porque

en tal caso no serían ellas quienes lo consienten, sino el legislador quien lo impone, vulnerando la norma constitucional, que admite este sistema alternativo de solución de diferencias, pero sobre la base del deseo compartido de los eventuales litigantes.

Este límite que le impone la Constitución Política al legislador –para el momento en que decidiera implementar el sistema judicial alternativo del arbitramento- refleja la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en los negocios, y sobre todo en la escogencia del juez de sus conflictos. De esta forma, hasta la voluntad de las partes quedó protegida frente a la libre configuración que el legislador suele tener del ordenamiento jurídico.

En conclusión, aplicadas estas ideas al caso, no sólo es claro que las partes acordaron la cláusula compromisoria, sino que la convocada incluyó la pretensión relativa al debate sobre la exclusión del cobro de sus vehículos del peaje en su demanda de reconvención, aspectos que en conjunto habilitaban a los árbitros para decidir el litigio de la manera en que lo hicieron, es decir, sin incurrir en una extralimitación de su potestad decisoria de la controversia planteada.

Y en particular, en relación con la circunstancia de que los árbitros se pronunciaron sobre un tema que no podía incluirse en la cláusula arbitral, ni en la posterior demanda de reconvención –según se lee en el recurso de anulación-, como es la exoneración del pago de peajes, porque esta materia sólo la puede regular el legislador, la Sala recuerda que, de conformidad con los argumentos expuestos al resolver la causal de anulación anterior, los árbitros no crearon una causal de exoneración del pago del peaje, adicional a las que estableció el legislador -en el art. 21 de la ley 105 de 1993-, sólo analizaron si los vehículos de la convocada tenían o no la calidad de *usuarios* de la vía, y al concluir que no, sencillamente se dispuso que no eran sujetos pasivos de esta tasa.

Tendría razón el recurrente en sus argumentos si el Tribunal hubiera adicionado los supuestos de exoneración del pago de peaje, y se tendría que anular el laudo, porque tratándose de una materia reservada al legislador, y a los concejos, y a las asambleas, no puede otra autoridad crear causales por fuera de las que estas autoridades contemplan. Pero como en realidad el Tribunal no actuó así, es decir, no amplió el listado del art. 21 de la ley, sino que analizó si los vehículos del concesionario destinados a las labores de mantenimiento de la vía -cuando

cruzaban por las casetas del peaje- debían o no pagar, teniendo en cuenta que lo que estaba en discusión era la calidad de usuario -no la calidad exento-, entonces adoptó una decisión que estaba bajo su potestad, y por eso no puede prosperar la causal que se estudia.

3.3. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido: por “la atención de eventos futuros en los denominados ‘sitios críticos’ o ‘sitios inestables.’ ”

Con fundamento en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda, aduce el recurrente que si bien el Tribunal se pronunció sobre los *sitios inestables* que se encuentran en la vía, y que además indicó que el concesionario cumplió sus obligaciones contractuales, en relación con los *sitios inestables* a su cargo, también señaló que si surgen *nuevas inestabilidades* serán asumidas por el departamento, salvo los defectos constructivos, y añadió que en los demás *sitios inestables*, es decir, los que se presenten en el futuro, “... nada obsta para que estos criterios, atendiendo la regla de la ‘interpretación extensiva’ establecida por el artículo 1623 del Código Civil, sean de aplicación a la generalidad de los sitios que se identifiquen en la carretera concesionada...” -fl. 337, cdno. ppal.-. En estos términos, el Departamento considera que el Tribunal se pronunció sobre asuntos no sujetos a su decisión, porque lo obligó a atender los sitios inestables que surjan en el futuro, “excediendo el ámbito de aquello que fue sometido a su consideración.” –fl. 337, cdno. ppal.-

Para resolver la cuestión, la Sala debe remitirse a las pretensiones de la demanda -tanto la que convocó al Tribunal de arbitramento como la de reconvenición-, para precisar el alcance del debate, en relación los denominados “sitios inestables o críticos”, que por demás aluden a aquellas zonas geográficas o terrenos de la vía cuya estabilidad ha generado a las partes del contrato diferencias en cuanto a la determinación de la parte que debe atender su mantenimiento y rehabilitación, es decir, su atención profunda, para superar las condiciones físicas en que se encuentran.

El laudo estudió el tema y concluyó, en lo esencial, que el concesionario debía atender: i) las zonas inestables en relación con las tareas propias de mantenimiento que asumió cuando celebró el contrato, ii) así como las inestabilidades que surjan o se agraven como consecuencia del cumplimiento

defectuoso de sus obligaciones de construcción y mantenimiento. Por el contrario, iii) el Departamento debe asumir las inestabilidades que abarquen un área mayor que la zona de la carretera, y iv) los trabajos de estabilización que requieran estructuras especiales de contención o de drenaje -porque no hicieron parte de la propuesta-.

No obstante, también dispuso –y esta parte es la que impulsa la interposición de esta causal de anulación- que los criterios planteados –entre otras sub reglas claramente indicadas en el laudo- “... sean de aplicación a la generalidad de los sitios inestables que se identifiquen en la carretera concesionada...”, porque corresponden a criterios usados por las partes para dirimir directamente conflictos relacionados con la asunción de algunos sitios inestables.

Antes de avanzar, la Sala recuerda, una vez más, que al margen de la corrección o incorrección con que el Tribunal haya establecido los criterios para solucionar este tema -que no son controlables a través de este recurso-, lo determinante para resolverlo consiste en precisar si el Tribunal podía o no pronunciarse sobre las inestabilidades de la vía que se presenten en el futuro -teniendo en cuenta que la concesión sigue en ejecución- o si sólo podía hacerlo sobre las inestabilidades existentes al momento en que se presentó la demanda. Para abordar el tema habrá de revisarse si las partes propusieron o no la pretensión correspondiente.

Al estudiar tanto la demanda principal como la de reconvención, se encuentra que ambas partes propusieron el tema de las inestabilidades de la vía. El Departamento lo planteó en las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta, de la siguiente manera:

“Tercera. Que se declare que los sitios críticos existentes en los tramos del proyecto concesionado, identificados por la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. en sus estudios técnicos y aprobados por la interventoría, dentro del contrato de concesión OJ-121 de 16 de diciembre de 1997, celebrado con el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, deben ser asumidos por la CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

“Cuarta. Que se declare que los sitios críticos existentes en los tramos del proyecto concesionado, que surjan como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. dentro del contrato de concesión OJ-121 de 16 diciembre de 1997, celebrado con el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, deben ser asumidos por la CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

“Quinta. Que, como consecuencia de la declaración contenida en la tercera pretensión declarativa, se condene a la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. a pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA todas las sumas de dinero, que resulten probadas dentro del proceso, en que el DEPARTAMENTO incurrió para minimizar, controlar, manejar y mitigar inestabilidades a cargo de la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.

“Sexta. Que, como consecuencia de la declaración contenida en la cuarta pretensión declarativa, se condene a la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. a pagar al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA todas las sumas de dinero, que resulten probadas dentro del proceso, en que el DEPARTAMENTO incurrió para minimizar, controlar, manejar y mitigar inestabilidades a cargo de la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

El concesionario también formuló en la demandad de reconvenición una pretensión relacionada con los sitios inestables, en los siguientes términos:

“Octava.- Que se declare que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA debe dar aplicación a la cláusula 19 del contrato de concesión, en relación con los sitios inestables relacionados a su cargo en el acta de 22 de julio de 2002 suscrita con CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

Queda claro, entonces, que el debate acerca de la responsabilidad por el tratamiento e intervención de las inestabilidades o sitios críticos fue propuesto por ambas las partes, en sus correspondientes demandas, de allí que su estudio no era ajeno al Tribunal de arbitramento, y por este sólo aspecto se advierte una congruencia temática entre la decisión y las pretensiones.

No obstante, esto no significa que el Tribunal de arbitramento podía hacer cualquier pronunciamiento sobre el tema, porque si bien hizo parte del proceso y de su *causa petendi*, también es cierto que las pretensiones de las dos demandas –con sus correspondientes contestaciones- lo delimitan adicionalmente –lo precisan- para concretar la congruencia que debe observar el juez arbitral.

En este sentido, y en virtud de la *pretensión tercera* de la demanda introductoria del proceso, la Sala observa que el Tribunal de Arbitramento podía y debía resolver los conflictos relacionados con los sitios críticos “*existentes*”, es decir, los que estaban identificados por las partes al momento de presentarse la demanda. Sin embargo, para mayor precisión agregó la convocante que esos sitios

correspondían a los “identificados por la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. en sus estudios técnicos y aprobados por la interventoría”. No eran otros sino esos.

Esto significa que *otros sitios críticos*, es decir, no identificados en los estudios técnicos y aprobados por la interventoría no quedaban comprendidos en la *causa petendi* de esta pretensión, de allí que la parte convocada sólo debía defenderse de estos y no de otras inestabilidades de la vía.

A esta pretensión tercera se le asoció la *quinta*, que buscaba la declaración de condena contra el concesionario, para que se le obligara a cubrirle al Departamento los gastos en que incurrió para atender los sitios críticos que en realidad debieron estar a su cargo, teniendo en cuenta que si bien consideraba que estaban bajo la responsabilidad del concesionario, en realidad aconteció que durante la ejecución del contrato varios de ellos los intervino con recursos públicos, porque el contratista se negó a hacerlo, y el mal estado de la vía no daba espera para ser atendida.

A juzgar por estas dos pretensiones –tercera y quinta-, no es bajo su amparo que el Tribunal de arbitramento podía referirse a la manera cómo se debían atender las inestabilidades o sitios críticos *futuros* –es decir, los que aún no existían al presentarse la demanda-, porque claramente la pretensión tercera alude a los sitios existentes y, además, a los identificados por el concesionario y la interventoría en los estudios respectivos a que allí se hace referencia.

Más problemática de comprender es la *pretensión cuarta* –con la que se resuelve el caso concreto-, porque se encuentra pésimamente redactada en cuanto al tiempo en que se escribe la oración –presente, pasado o futuro-, ocasionando problemas para su comprensión. Lo cierto del caso es que allí también se solicita al Tribunal de arbitramento que resuelva los conflictos relacionados con los sitios críticos “existentes” -lo que da la idea de presente-, pero a continuación señala que esos críticos son los “... que surjan como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”, lo que denota que ocurrirá en el futuro, pues se trata de las que aparezcan –“surjan”- con posterioridad “como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA PANAMERICANA SA. dentro del contrato de concesión...”.

En estos términos, la Sala debe desentrañar el alcance de esta pretensión –que resume el problema que plantea el recurso de anulación que se analiza-, para precisar si el Tribunal podía o no referirse no sólo a las inestabilidades existentes, sino también a las que se presenten con posterioridad durante la ejecución del contrato de concesión, para dictar, a continuación, las reglas con base en las cuales las partes las deben asumir, cuando se presenten. Para la Sala, es innegable que la pretensión cuarta tiene la ambigüedad conceptual que se acaba de mencionar, es decir, que alude a inestabilidades “existentes”, pero a continuación agrega que son las que “surjan” –lo que alude al futuro- por el incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

¿Qué significa esta pretensión, y que se esperaba de ella? No hay duda de que al juez le corresponde interpretar la demanda –en todas sus partes, y siempre que sea necesario- para desentrañar su sentido y administrar justicia efectiva, actividad que, por cierto, es habitual en el ejercicio jurisdiccional, porque como texto escrito que es –lo que aplica a toda información visual, aún gesticular, y a casi todos los aspectos de la vida- la necesidad de descifrar el significado, la intención y el deseo de quien profiere un acto de comunicación, indefectiblemente puede estar necesitado de una labor de comprensión que ya sólo el destinatario de la comunicación –acto de habla- puede interpretar.

Ubicados en ese espacio de la comunicación, que se cruza con el juez, la Sala entiende que esta pretensión se comprende mejor con ayuda o en concordancia con la *pretensión sexta*, que contempla la solicitud indemnizatoria, en caso de que prospere la pretensión cuarta que se comenta. Finalmente, en aquella se solicita: “como consecuencia de la declaración contenida en la cuarta pretensión declarativa, se condene... a pagar... **todas las sumas de dinero, que resulten probadas dentro del proceso, en que el DEPARTAMENTO incurrió** para minimizar, controlar, manejar y mitigar inestabilidades a cargo de la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.” (Resaltos fuera de texto)

Esto significa -integradas las pretensiones cuarta y sexta-, que las inestabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones del contratista sólo podían ser las que existían al momento de presentarse la demanda –o una fecha próxima, como la expedición del laudo-, porque sólo así se podía pedir la condena –y el Tribunal

eventualmente concederla- al pago de *lo que se probara en el proceso*, teniendo en cuenta que el Departamento habría incurrido en el gasto.

Entonces, si la pretensión cuarta se hubiera referido a las *inestabilidades futuras* – como lo entendió el Tribunal y lo defiende en esta instancia la parte convocada-, la pretensión sexta no podía ser otra que la solicitud de condena al concesionario para que intervenga las zonas afectadas y asuma los costos que demanden los trabajos, cuando se deban ejecutar. De ninguna manera podía referirse esta pretensión indemnizatoria, como lo hace realmente, a la condena a pagar las sumas “que resulten probadas dentro del proceso, en que el DEPARTAMENTO incurrió para minimizar, controlar, manejar y mitigar inestabilidades a cargo de la sociedad CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

Esto significa que el convocante no pidió que se resolviera la responsabilidad por las inestabilidades futuras, sino por las existentes, derivadas del incumplimiento del contrato. Esta perspectiva de análisis la confirma la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda que presentó el Departamento –fls. 5 a 205 de cdno. ppal. No.1-, donde explica el sentido de las pretensiones tercera y cuarta de condena, y hace una distinción entre: i) “1. Los sitios críticos que debe asumir PANAMERICANA que actualmente parecen estar a cargo de DEPARTAMENTO.” –fl. 174-, de ii) “2. Los sitios críticos que debe asumir PANAMERICANA por su incumplimiento contractual” –fl. 181-.

Sobre los primeros, indicó que aluden a aquellos de los que se hizo cargo el contratista, porque fueron identificados y asumidos expresamente por él; pero en virtud del contrato adicional No. 14 el Departamento aceptó 13 sitios, que en realidad eran de responsabilidad del concesionario, y que por tanto ese contrato adicional no significa que él debe asumir los costos, sino que éste, ante la renuencia de aquél en hacerlo, y ante la necesidad de la entidad pública de tener en perfecto funcionamiento la vía, tuvo que hacerse cargo de esas inestabilidades, pero que no lo hizo de manera definitiva sino con la expectativa de que posteriormente se definiera esta responsabilidad. De ahí que la demanda pretenda el reembolso de los gastos en que incurrió para atender las obligaciones que eran del concesionario.

Sobre los segundos –que son en realidad los sitios inestables que dieron lugar al recurso de anulación, por la causal que se viene analizando-, expresó que: “... la

falta de cumplimiento oportuno de las prestaciones que se encuentran a su cargo ha generado diversas inestabilidades o sitios críticos cuyos costos de atención y mantenimiento, así como los de evitar que tales inestabilidades crezcan corresponde asumirlos a PANAMERICANA.” –fl. 181- Y agregó que debido a las deficiencias en el mantenimiento de la vía “... han surgido o se han intensificado catorce sitios inestables, los cuales deben ser asumidos por PANAMERICANA...” –fl. 181-, y para mayor precisión identifica esos catorce (14) sitios críticos, en una tabla que los enumera uno a uno, los localiza por kilómetro en la vía y por el sector donde se ubican.

En estos términos, la Sala ratifica que la pretensión cuarta no le asignó competencia al Tribunal para resolver, en forma abstracta y para el futuro de la ejecución del contrato de concesión, cuál parte tendría la obligación de asumir los sitios críticos o inestabilidades que se presenten en la vía; sino que debió circunscribirse a las dos fuentes de identificación de las inestabilidades –todas existentes al momento representarse la demanda- que tanto las pretensiones tercera como cuarta, y sobre todo la exposición de las razones en las que consistían, fueron identificadas por la parte convocante.

Ahora bien, la pretensión octava de la demanda de reconvención tampoco asignó competencia al Tribunal de arbitramento para referirse a este aspecto, porque se circunscribió a las inestabilidades que quedaron a cargo del Departamento en un acta suscrita por las partes el 22 de julio de 2.002. Su análisis quedara mejor explicado en el numeral siguiente.

En estos términos, la Sala concluye que las referencias y decisiones que adoptó el Tribunal de arbitramento en relación con la manera como las partes del contrato deben asumir las inestabilidades futuras, excedieron la *causa petendi* de ambas demandas, pues las pretensiones tercera a sexta de la demanda inicial, y la octava de la demanda de reconvención se referían a las inestabilidades que existían al momento de presentarse la demanda y su contestación, incluso, identificadas -en la mayoría de los casos- en Actas y estudios elaborados por las partes. En consecuencia, esta causal de anulación prosperará, por las razones anotadas, y por tanto la Sala adoptará más adelante la decisión que corregirá la del Tribunal¹⁶.

¹⁶ “Art. 165. RECURSO DE ANULACION. Vencido el término de los traslados, el Secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte sentencia, la cual

4. Causal 9: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

Teniendo en cuenta que de conformidad con el inciso segundo del art. 165 del decreto 1.818 de 1998, la prosperidad de la causal anterior no conduce a la anulación del laudo, sino a que se corrija o adicione la decisión, es necesario estudiar la última causal de anulación alegada, porque de prosperar habría que actuar en el mismo sentido, pero sobre la parte de la decisión que corresponda.

Recuérdese que la parte recurrente alega que en la pretensión octava de la demanda de reconvención la Concesionaria Panamericana SA., solicitó al Tribunal que ordenara al Departamento que asumiera el mantenimiento de los *sitios inestables* relacionados en el “acta de 22 de julio de 2.002”, suscrita entre las partes.

Al resolver, el Tribunal dispuso que sólo se pronunciaría sobre seis (6) sitios inestables, que son lo que las partes acordaron asignar a una de ellas –al Departamento-, y que los otros catorce (14) no serían objeto de pronunciamiento, porque en el acta quedaron pendientes de una definición posterior, y la pretensión sólo alude a los sitios relacionados y asignados a una parte del contrato en dicha acta -fls. 338, cdno. ppal.-. Por esta razón, sostiene el recurrente, al abstenerse de resolver sobre esos sitios inestables incurrió en la causal de anulación alegada.

deberá proferirse en el término de tres (3) meses. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles.

“Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. **En los demás casos se corregirá o adicionará.**”

“Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

“Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 ó 6 del citado artículo 38, los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

“PARAGRAFO 1o. La inobservancia o el vencimiento de los términos para ingresar el expediente al despacho o para proferir sentencia constituirá falta disciplinaria.

“PARAGRAFO 2o. De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales.” (Resalto fuera de texto)

En ese orden, la convocada, además de oponerse a esta causal, llamó la atención acerca de que la pretensión que se considera indebidamente atendida no la formuló el Departamento sino el concesionario.

4.1. Consideraciones generales sobre la causal novena.

Antes de estudiar el caso concreto, la Sala recordará lo manifestado en otras ocasiones en torno al alcance de esta causal, en el sentido de que parte de una hipótesis bastante simple, como es que el Tribunal de arbitramento haya omitido o dejado de decidir un asunto, planteado en la demanda o en su contestación¹⁷.

Se ha indicado que esta causal tiene su razón de ser en el artículo 304 del CPC., según el cual, las sentencias deben "... contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código."

La Sala, en sentencia de 23 de agosto de 2001 -Exp. 19.090-, dijo sobre esta causal que:

"Advierte que, como lo manifestó el Procurador Delegado, para que se configure la causal en estudio es supuesto necesario de procedibilidad que el laudo hubiese omitido, sin ninguna consideración, pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento en la demanda, en su contestación o los que hubiese surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestación.

La causal no está referida, en términos del legislador, a que el fallo arbitral esté: o escasamente motivado, o no tenga armonía con el ordenamiento jurídico o con las pruebas incorporadas al proceso; esto por cuanto como se apuntó al inicio de esta providencia el recurso de anulación contra laudos arbitrales no se constituye en una nueva instancia, en la cual el Consejo de Estado pueda entrar a revisar en su integridad el laudo arbitral.

¹⁷ Ver al respecto, providencia de 5 de julio de 2006. Rad. 31.887. Textualmente señaló la Sala en esa providencia: "Esta causal también está contemplada en el art. 72, num. 5, de la ley 80 de 1993 y parte de una hipótesis bastante simple. Consiste en que el Tribunal ha dejado de decidir un asunto, planteado en la demanda o en su contestación."

Por consiguiente la comparación que pretende el recurrente en anulación, entre las pretensiones que formuló en su demanda de mutua petición y lo resuelto en el laudo arbitral –antes transcrito para concluir omisión del Tribunal de Arbitramento, no es cierta. Una cosa es omitir decisión sobre puntos sobre los cuales debió decidir y otra, muy distinta, es haber negado esas súplicas procesales.

En efecto, sobre el punto, cabe destacar que el recurrente al invocar la causal, y en sus propios términos, se refirió al estudio del Tribunal de Arbitramento frente a cada una de sus peticiones; criticó los argumentos esgrimidos en el laudo, de denegatoria de sus peticiones procesales.

Por lo tanto ante tal situación de hecho y de derecho, la Sala reitera que no es dable aceptar que por la vía del recurso de anulación se pretenda modificar una declaración judicial de los árbitros, porque la causal de anulación, en comento, no está referida a la revisión de la decisión por parte del Juzgador, sino que está prevista por el legislador, expresamente, para cuando el laudo no decidió “*sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

4.2. Precisión previa sobre la procedibilidad de la causal cuando la pretensión presuntamente no resuelta no lo propuso la parte recurrente.

Para la Sala, en el caso concreto, conviene hacer una precisión procedimental en relación con esta causal, a partir de la observación final que hizo la convocada en el memorial con el cual presentó su posición frente al recurso de anulación. Se trata de determinar si el vicio que recae en un laudo por abstenerse de resolver una pretensión sólo lo puede alegar la parte que la formuló, o si cualquiera puede hacerlo, incluido el Ministerio Público, que es parte del proceso.

La Sala considera que el control sobre la legalidad del laudo es un asunto que no inhibe a ninguna parte para discutir su validez, porque se trata de normas de orden público, cuyo establecimiento no sólo beneficia a quien la alega, sino también al sistema jurídico y, sobre todo, al judicial, porque el control de legalidad del laudo sirve para fiscalizar a quienes transitoriamente ejercen la función de administrar justicia, independientemente del resultado que produzca el estudio del recurso.

Adicionalmente –y este argumento sería suficiente para despachar desfavorablemente el de defensa de la parte convocada-, lo cierto es que la causal novena de anulación alegada no tiene como presupuesto para interponerla que sólo puede hacerlo quien formuló la pretensión desatendida. En estos términos, a diferencia de otras causales de anulación, donde la ley estableció requisitos de

procedibilidad para proponerlas –como las causales 1, 2, 4 y 7 del art. 163-, en las demás, como la del caso concreto, la ley simplemente indicó que los laudos se pueden anular por “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, sin condicionar, cualificar o restringir la manera como procede, así que mal podría el juez del recurso de anulación exigir y añadir a la ley requisitos que no estableció para interponerlo.

Así, por ejemplo, en un caso donde se alegó que la causal de anulación no podía proponerla la parte que formuló el recurso, porque ella no fue quien solicitó las pruebas que finalmente no se practicaron, dijo esta Sección -lo que es aplicable al caso concreto- que –Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2.011. exp. 37.788-:

“El segundo supuesto, en cambio, hace abstracción acerca de si la prueba decretada fue pedida por alguna de las partes u ordenada de oficio, como quiera que en este caso lo determinante es que “se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas”, es decir, que las decretadas no se practicaron.

“En este orden, no tienen razón los convocados, al sugerir que se desestime esta causal, porque la información pedida al BBVA no la solicitaron los convocantes. La *ratio*, además de lo analizado, también consiste en que la prueba decretada pertenece al proceso, lo que se conoce en el derecho probatorio como el principio de la “comunidad de la prueba”, en virtud de la cual pedida u oficiosa, una vez decretada y practicada pertenece al proceso y no a quien la insinuó, y es por eso que cualquiera de las partes puede reclamar que se cumpla su práctica, ya que si el juez la ordenó es válido exigir que se aporte.

“Desde luego, y una vez más se indica y enfatiza, para que proceda la anulación por esta circunstancia se necesita que la falta de práctica incida en la decisión, y que se hubiere reclamado oportunamente por la omisión.”

En conclusión, si se tiene en cuenta la consideración específica de que a través del proceso de anulación se controla la actividad judicial, puesta en manos de los particulares, es posible entender por qué no es necesario que el supuesto de hecho o de derecho de la causal que se alegue provenga de la parte que resulta afectada en primera instancia con ella, sino que hay que hacer abstracción de esa circunstancia para darle vía libre a un control amplio y general a la actuación de los Tribunales de arbitramento, desde luego dentro del régimen de causales establecidas por el legislador.

4.3. Análisis del caso *sub iudice*

Definido lo anterior, la Sala debe estudiar si el Tribunal se pronunció o no sobre la pretensión octava de la demanda de reconvención, que solicitaba se impusiera al Departamento la obligación de atender los sitios inestables relacionadas en el “Acta de 22 de julio de 2.002”. La pretensión octava dispuso:

“Octava.- Que se declare que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA debe dar aplicación a la cláusula 19 del contrato de concesión, en relación con los sitios inestables relacionados a su cargo en el acta de 22 de julio de 2002 suscrita con CONCESIONARIA PANAMERICANA SA.”

Al resolver esta pretensión, el Tribunal indicó, luego de estudiar el Acta de julio 22 de 2.002 –a que se refiere la pretensión- que sólo se pronunciaría en relación con seis (6) sitios inestables, y no frente a los catorce (14) restantes que menciona el Acta –de 20 en total-, porque sobre aquéllos las partes acordaron, expresamente, que su atención quedaba a cargo del Departamento, mientras que éstos no fueron objeto de acuerdo acerca de quién los asumiría, y por eso no podía referirse a ellos. Agregó que la pretensión fue clara en solicitarle al Tribunal que ordenara que el Departamento debía aplicar la cláusula 19 del contrato “... *en relación con los sitios inestables relacionados a su cargo en el acta de 22 de julio de 2002...*” –resalto fuera de texto-, es decir, sobre las inestabilidades que le fueron asignadas para que las atendiera –seis (6) en total-; de manera que las catorce (14) restantes no quedaron bajo la responsabilidad de ninguna de las partes, porque el Acta añadió que se someterían a estudio posterior para su asignación.

En estos términos, el laudo sólo podía referirse a las seis (6) inestabilidades asignadas por el Acta al Departamento para su atención, por ello acertó al Tribunal al ocuparse tan sólo de los sitios críticos asignados y no de los demás, porque así conservó la congruencia que le imponía la pretensión del concesionaria. Precisó el laudo:

“Sobre estos catorce sitios inestables no puede pronunciarse el Tribunal, toda vez que no se encuentran dentro del alcance de la pretensión octava, la cual se limita a ‘los sitios inestables relacionados a su cargo’ (del Departamento) en el Acta de 22 julio de 2.002.

“Así las cosas el ámbito de esta pretensión se circunscribe a los seis (6) sitios inestables respecto de los cuales las partes coincidieron en

que se requerían estudios, diseños y obras especiales, que les permitieron calificarlos como Obras Complementarias...” -fl. 486 del laudo, cdno. ppal.-

En esta línea de pensamiento, sobran más consideraciones para entender que el Tribunal sí se pronunció sobre la pretensión, de manera completa –al margen del sentido correcto o incorrecto de su criterio, que no se evalúa en este proceso de anulación- y por eso esta causal no prosperará, porque el Tribunal no se abstuvo de decidir sobre las materias sujetas a su consideración.

En efecto, la pretensión octava sólo aludía a la imposición, al Departamento de Cundinamarca, de la aplicación de la cláusula 19 del contrato¹⁸, para las inestabilidades que en el Acta se le asignaron -6 en total-; así que las catorce (14) restantes, que las mismas partes no las adjudicaron ni al Departamento ni al concesionario -porque quedaron sujetas a un estudio posterior acerca de su responsabilidad- no podían ser objeto de pronunciamiento, como ahora lo pide – paradójicamente- el recurrente.

Claro está que el laudo, a continuación, incurrió en el vicio contrario al planteado por el recurrente a través de la causal que se viene analizando, pero que fue denunciado en el estudio de la causal anterior –y que se corregirá a continuación-, por cuya virtud indicó que los catorce (14) sitios no incluidos en esta pretensión debían resolverse de la manera señalada para el común de las inestabilidades. Dispuso el laudo:

“En todo caso, las dudas que subsistan para las partes en relación con los demás sitios inestables, incluidos los catorce (14) pendientes de definición según el Acta de julio 22 de 2002, podrán ser resueltos por ellas, con base en los criterios determinados por el Tribunal al examinar y decidir el debate sobre inestabilidades planteados en la demanda principal, pretensión cuarta.” -fl. 486 del laudo, cdno. ppal.-

¹⁸ La cláusula 19 del contrato establecía que si surgían obras complementarias se debían celebrar contratos adicionales para que el concesionario las ejecutara. Por eso a éste le interesaba que se impusiera al Departamento la obligación de celebrar esos contratos.

“Cláusula décima novena. Obras complementarias. Si durante el desarrollo de contrato se identifican, por cualquiera de las partes contratantes, obras no incluidas dentro del alcance físico contratado, pero necesarias para la buena operación del proyecto. EL DEPARTAMENTO y EL CONCESIONARIO podrán acordar la ejecución de esta OBRA COMPLEMENTARIA mediante la suscripción de un contrato adicional, en el que consten los ítems, las cantidades y los precios unitarios relacionados con dichas obras...”

De allí que por haberse pronunciado el Tribunal sobre materias no sometidas a el, según se estudió antes, es que se adoptará la decisión que sigue.

5. Corrección del laudo, por la prosperidad de la causal 8 de anulación: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que prosperó la causal octava de anulación, porque el Tribunal de arbitramento se pronunció sobre materias no sometidas a su consideración, concretamente en lo que se refiere al tratamiento y la responsabilidad surgida en relación con las *zonas o sitios inestables* de la concesión vial, que se presenten en el futuro, entiende la Sala que la corrección al laudo consistirá en corregir los siguientes aspectos:

i) Las decisiones del Tribunal de arbitramento relacionadas con las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal, así como con la pretensión octava de la demanda de reconvención, son válidas, siempre y cuando no incluyan las zonas o sitios inestables que se presenten en el futuro, porque sólo se refiere a las existentes.

ii) La decisión que adoptó el Tribunal de arbitramento, en relación con este tema, sólo cubrirá la manera estricta y precisa como el Tribunal de arbitramento resolvió el litigio relacionado con los sitios identificados: a) en los “estudios técnicos y aprobados por al interventoría dentro del contrato de concesión” - pretensión tercera-; b) en los sitios críticos existentes, surgidos como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo del concesionario - pretensión cuarta-; y c) los seis (6) sitios inestables relacionados en el Acta de 22 de julio de 2.002, a cargo del Departamento.

iii) Los sitios inestables futuros, es decir, los que eventualmente se presenten en desarrollo de la ejecución del contrato de concesión, y que por tanto no corresponden a las fuentes acabadas de indicar en las pretensiones tercera cuarta y octava comentadas -porque no estaban identificados por las partes en los estudios citados, o no existían al momento de proferirse el laudo como consecuencia de las infracciones del contratista, o no corresponden a los seis (6) sitios mencionados en el Acta de julio de 2.002-, no quedarán cubiertos por las reglas dictadas por el Tribunal de arbitramento para resolver los conflictos

relacionados con los sitios inestables, y sobre ellos, de surgir el conflicto sobre la responsabilidad para atenderlos, la parte interesada deberá convocar a un Tribunal de arbitramento que dirima la controversia.

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

FALLA:

Primero. ADMÍTASE EL IMPEDIMENTO manifestado por el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sustentado y consignado en el acta de la sesión correspondiente al día de expedición de esta providencia.

Segundo. DECLÁRASE FUNDADO, por las razones y la causal octava analizada en la parte motiva, el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de enero de 2.011, por el Tribunal del Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria Panamericana SA., con ocasión del contrato de concesión No. OJ-121-97, suscrito el 16 de diciembre de 1.997.

Tercero. Corrijase el laudo arbitral proferido el 26 de enero de 2.011, en el siguiente sentido: La parte considerativa y la resolutive de dicha providencia, concretamente en relación con la controversia relacionada con las zonas o sitios inestables de la vía -resolución a las pretensiones tercera y cuarta declarativa de la demanda principal y octava de la demanda de reconvenición- se circunscribirá en sus análisis, alcance y ordenes a:

1) Las decisiones adoptadas en relación con las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal, y sobre la pretensión octava de la demanda de reconvenición, son válidas, pero no incluyen las zonas o sitios inestables que se presenten, surjan o se intensifiquen en el futuro.

2) Las decisiones que adoptó el Tribunal de Arbitramento sobre las pretensiones tercera y cuarta de la demanda principal, y sobre la pretensión octava de la demanda de reconvenición, sólo se aplicarán a los sitios inestables identificados en: a) los estudios técnicos del concesionario, aprobados por la

interventoría dentro del contrato de concesión -pretensión tercera-; b) los sitios críticos existentes, surgidos como consecuencia de las infracciones de las obligaciones a cargo del concesionario -pretensión cuarta-; y c) los seis (6) sitios inestables relacionados en el Acta de 22 de julio de 2.002, a cargo del Departamento.

3) Los sitios inestables que se presenten, surjan o se intensifiquen en el futuro, es decir, los que eventualmente se presenten en desarrollo de la ejecución del contrato de concesión, y que no corresponden a los identificados en el numeral 2) -porque no existían al momento de proferirse el laudo-, no quedan cubiertos por el análisis, las reglas y ordenes impartidas por el Tribunal de Arbitramento para resolver los conflictos relacionados con los sitios inestables, y sobre ellos, de surgir el conflicto sobre la responsabilidad para atenderlos, la parte interesada deberá convocar a un Tribunal de arbitramento que dirima la controversia.

Cuarto. Sin condena en costas, porque prosperó parcialmente el recurso de anulación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA DEL VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
Impedido

ENRIQUE GIL BOTERO