

ARBITRAMIENTO - Generalidades. Naturaleza / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza. Generalidades / CAUSALES DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL - Evolución legal de las causales de anulación y normas actualmente aplicables

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión. De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 y aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 de la Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Empero, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Este tema se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 de la Decreto 1818 de 1993, con independencia de que el contrato origen del conflicto en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o también por el estatuto de contratación pública. En tal virtud, como quiera que en el sub examine se interpuso el recurso extraordinario contra el laudo arbitral el 12 de agosto de 2008, ello significa que ya se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, de manera que las causales de nulidad que resultan aplicables, corresponde a las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, tal y como así las invocó el recurrente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, rad. 29476, y de 8 de junio de 2006, rad. 32398, MP. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre las causales de anulación del laudo arbitral, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, rad. 31024, MP. Alier E. Hernández Enríquez.

CAUSAL 6 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN CONCIENCIA - Concepto. Referencia al derecho positivo / FALLO EN CONCIENCIA - Supuestos / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Alcances

El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión; como corolario, el juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, según autoriza el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política (artículo 230). Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares. De otra parte, también ha señalado la Sección que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar por parte del juez del recurso la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191); además, ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, ha sostenido la Sala que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Verificado el contenido del laudo arbitral acusado, tal y como arriba se consignó, salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente (documentos, interrogatorios de parte, testimonios), sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos del árbitro único, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia, en cuanto de acuerdo con la ley no tiene el juez del recurso extraordinario competencia para estudiar el fondo del asunto, como si se tratara de un juez de instancia para volver a valorar las pruebas y hacer un nuevo razonamiento jurídico y de mérito sobre el litigio que le fue sometido al tribunal arbitral. Además, para la Sala no puede pasar desapercibida la clara intención del libelista de que el juez del recurso de anulación estudie errores in iudicando de la decisión arbitral, mediante una nueva valoración de la prueba, en el entendido de que plantea una violación indirecta de las normas sustanciales por presuntos yerros al apreciar la misma. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de abril de 1992, rad. 6695, MP. Carlos Betancur Jaramillo; de 27 de abril de 1999, rad.15623, MP. Daniel Suárez Hernández; de 16 de abril de 2000, rad. 18411, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 5 de julio de 2006, rad. 31887, MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez y de 18 de junio de 2008, rad. 34543, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

CAUSAL 7 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Disposiciones contrarias o errores aritméticos. Requisitos para su configuración / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS O ERRORES ARITMETICOS - Causal de anulación de laudo arbitral / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS O ERRORES ARITMETICOS - Requisitos para su configuración

Dicha causal tiene lugar, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además 'la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando "una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago'. En resumen, se configura la causal siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en una o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que lo fallado en una parte de pretender cumplirse simultáneamente veda o aniquila otra. De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada: i) a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento; ii) a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y iii) a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive, como cuando "...una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago...". En el presente asunto, como lo señaló el Ministerio Público, ni al momento de proferir el laudo (acta de 4 de agosto de 2008 a fl. 160 cd. ppal.) ni menos aún durante su ejecutoria se realizó una petición expresa en el sentido invocado en el cargo, en relación con presuntos errores aritméticos o disposiciones contradictorias, con el fin de que el Tribunal pudiera si lo consideraba procedente realizar la respectiva corrección. En tal virtud ante la falta de agotamiento del requisito aludido y, por ende, la carencia de este presupuesto, no es posible el estudio de la causal invocada, por cuanto, se reitera, si dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral (término de su ejecutoria) no se pide la aclaración, la corrección o la complementación del laudo, no es posible alegarla de acuerdo con la norma que establece la causal invocada en sede del recurso extraordinario de anulación, en tanto el juez de éste recurso sólo puede proceder a enmendar el yerro cuando los árbitros se negaron u omitieron hacerlo pese a solicitud expresa, en el término indicado, de la parte interesada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las disposiciones contradictorias o el error aritmético como causal de anulación del laudo arbitral, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, rad. C-4851 (S-070-98), y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias

de 6 de junio de 2002, rad. 20634; de 13 de febrero 2006, rad. 2970, MP. Germán Rodríguez Villamizar; de 11 de marzo de 2004, rad. 25021, MP. María Elena Giraldo Gómez; de 15 de mayo de 1992, rad. 5326; de 4 de julio de 2002, rad. 22195, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros; de 7 de junio de 2007, rad. 32986, MP. Mauricio Fajardo Gómez; de 14 de abril de 2005, rad. 25489, MP. Ruth Stella Correa Palacio; de 6 de junio de 2002, rad. 20634.

CAUSAL 9 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / FALLO CITRA PETITA - Alcance / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Noción

La causal “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, prevista en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, evento en el cual se predica que el fallo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil). El principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma - excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvenición y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente. Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 ibídem). En virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión. Teniendo en cuenta que la argumentación del impugnante se concreta en el hecho de que el Tribunal desechó todas y cada unas de las pruebas del incumplimiento del contrato por parte del convocado, no se percató que el prestador del servicio violó la obligación de contar con la autorización de Metroparques para realizar mejoras, pretermitió enunciar algunos aspectos imputables al convocado relativos a las condiciones de saneamiento e higiene que dieron lugar a la sanción y realizó una parcializada valoración probatoria, es decir, dado que la censura se refiere a un desacuerdo con el análisis del acervo

probatorio y las conclusiones jurídicas a las que arribó el juez arbitral, con el propósito de conseguir una valoración y decisión diferentes, se considera que se trata de cargos por errores in iudicando y no in procedendo, con lo cual se omitió la técnica procesal del recurso y se desconoció su finalidad. Pero aun en gracia de discusión, la Sala al verificar la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador en el laudo arbitral, para determinar si existe la debida armonía entre lo pedido y lo resuelto o la carencia de ésta, labor que se impone en el estudio de esta causal, tal y como arriba se explicó, advierte que no resulta incongruente. El Tribunal de Arbitramento no dejó de pronunciarse o resolver respecto de la cuestión litigiosa materia de conocimiento en virtud del pacto arbitral, no siendo viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral, evaluar la manera como interpretó la demanda y decidió las pretensiones de la convocada y determinar si lo hizo correcta o erradamente, dado que esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. Se advierte lo anterior, en tanto el censor pretende en últimas por vía de la referida causal de fallo infra petita, como bien lo señaló la vista fiscal, la revisión de las bases normativas, probatorias y argumentativas en que el tribunal de arbitramento cimentó su laudo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance del recurso de anulación, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, rad. 4046.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00091-00(35896)

Actor: METROPARQUES E.I.C.E.

Demandado: DUVAN BUITRAGO HENAO

Asunto: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por METROPARQUES E.I.C.E., en calidad de parte convocante en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 4 de agosto de 2008 por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y DUVAN BUITRAGO HENAO, en calidad de convocado, con ocasión del "Contrato Sobre Prestación del

Servicio” suscrito entre éstos el 24 de octubre de 1997. El recurso interpuesto será declarado infundado.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato

Entre METROPARQUES E.I.C.E. y DUVAN BUITRAGO HENAO, se celebró el 24 de octubre de 1997, el negocio jurídico denominado “Contrato Sobre Prestación del Servicio”, con el objeto de que este último comercializara en venta productos comestibles tales como perros, embutidos y gaseosas, en la Caseta No. 10, ubicada en el parque Juan Pablo II de la ciudad de Medellín (fls. 13 a 15 cd. ppal).

2. El pacto arbitral

En la Cláusula Vigésima Primera del “Contrato Sobre Prestación del Servicio” de 24 de octubre de 1997, se previó la solución arbitral de conflictos, mediante estipulación compromisoria (fl. 15 cd.ppal.), cuyo texto es el siguiente:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa al presente contrato se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual será designado por la Cámara de Comercio de Medellín. El Tribunal se sujetará a estas reglas especiales: a) Estará integrado por tres (3) árbitros, salvo que el asunto sea de menor o mínima cuantía, según las normas del Código de Procedimiento Civil, en cuyos eventos el Árbitro será uno. b) La organización interna se regirá por las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín. c) El Tribunal decidirá en derecho. d) Las notificaciones de las partes se surtirán en la siguiente dirección: METROPARQUES, Cra. 70 No. 16-04 EL PRESTADOR DEL SERVICIO, e) El plazo para decidir será de tres (3) meses a partir de la primera audiencia de trámite. Será prorrogable de común acuerdo entre las partes, hasta por un (1) mes más. f) El Tribunal funcionará en Medellín, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de esta ciudad, localizada en la carrera 46 No. 52-82. En lo no previsto en esta cláusula, se aplicarán las normas de los Código de Comercio, de Procedimiento Civil y demás disposiciones que sean pertinentes.”

En reunión celebrada el 1 de abril de 2008, en la Cámara de Comercio de Medellín, las partes acordaron modificar la cláusula compromisoria en el sentido de nombrar un sólo Árbitro independientemente de la cuantía del proceso, que

sería designado por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de esa cámara (fls. 40 a 41 cd. ppal.).

3. La demanda arbitral

El 25 de enero de 2008, METROPARQUES E.I.C.E., a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de Medellín, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento y presentó demanda contra el señor DUVAN BUITRAGO HENAO, con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes en relación con el “Contrato Sobre Prestación de Servicio” celebrado el 24 de octubre de 1997 (fls. 13 a 15 cd. ppal.), para lo cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: Designar Tribunal de Arbitramento que decida en derecho la presente controversia contractual.

SEGUNDO: Declarar terminado el ‘Contrato sobre Prestación del Servicio’ celebrado el día 24 de Octubre de 1997, entre el señor DUVAN BUITRAGO HENAO y METROPARQUES, por el incumplimiento del prestador del servicios DUVAN BUITRAGO HENAO a sus obligaciones contractuales relativas a cumplir con las más estrictas normas de higiene y por la reiterada deficiencia en la atención al público y mal servicio prestado.

TERCERO: En consecuencia, ordenar al Sr. DUVAN BUITRAGO HENAO desocupar y restituir el inmueble objeto del Contrato, consistente en la Caseta No. 10 ubicada dentro de las instalaciones del PARQUE JUAN PABLO II, situado en la Carrera 70 No. 16-04 de Medellín y cuyos linderos son: por el Norte con zona dura o vía de circulación peatonal interna, por el Sur en 5.1. metros con la Caseta No. 11, por el oriente en 4.6 metros con muro de ladrillo perteneciente a la Unidad de Servicios No. 2 y por el occidente con zona dura o vía de circulación peatonal interna.

CUARTO: De no efectuarse la restitución dentro de la ejecutoria del Laudo Arbitral, comisionar al Inspector de Policía para que practique diligencia de lanzamiento.

QUINTA: Condenar en costas procesales al demandado DUVAN BUITRAGO HENAO.”

4. La causa de la solicitud

Según el demandante (fls. 1 a 4 cd. ppal.), en la Cláusula Décima Cuarta del contrato las partes acordaron que METROPARQUES podría darlo por terminado unilateralmente cuando se comprobara, entre otros eventos, la violación de

cualquier obligación del prestador del servicio, en especial, por reiterada deficiencia en la atención al público y mal servicio que preste.

Mencionó que la Secretaría de Salud practicó una visita el 21 de enero de 2007 al establecimiento de comercio “Los Glotones No. 1” del señor DUVAN, y como resultado de la misma decidió su clausura temporal, por no cumplir con las condiciones higiénico - locativas ni de manipulación de alimentos; luego, mediante Resolución No. 135 de 18 de abril de 2007, lo sancionó con multa por infringir varias disposiciones sanitarias con la misma conducta.

Añadió que, posteriormente, el 5 de mayo de 2007, la Secretaría de Salud nuevamente visitó el citado establecimiento de comercio del señor DUVAN, encontrando alimentos sin registro del INVIMA, sin fecha de vencimiento, mal almacenados y algunos en estado de descomposición, de manera que nuevamente lo clausuró temporalmente, por no contar con las condiciones higiénico - locativas requeridas, y además, le impuso otra sanción de multa a través de la Resolución No. 348 de 22 de agosto de 2007.

Por lo anterior, consideró que el reiterado incumplimiento de la normatividad sanitaria debido a las deficientes condiciones higiénico - locativas encontradas en el primer semestre del años 2007, en el establecimiento de comercio del señor DUVAN BUITRAGO HENAO, se constituyó a la vez en un incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales pactadas, situación que facultaba a METROPARQUES a dar por terminado el contrato en forma unilateral e inmediata, conforme a lo previsto en el numeral 1 de la Cláusula Vigésimo Cuarta.

5. Integración del Tribunal y admisión de la demanda

El 22 de abril de 2008, se celebró la audiencia de instalación del Tribunal (Auto No. 1), fecha en la cual también se resolvió admitir la demanda (Auto No. 12), se ordenó correr traslado de ella al convocado e informar a la Procuraduría Judicial Administrativa (fls. 49 a 51 cd. ppal.).

6. La oposición

La convocada en la contestación de la demanda (fls. 53 a 59 cd. ppal.) se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos y parcialmente otros, pues rechazó algunos aspectos de la descripción que se hizo de los mismos, como lo

relativo a la deficiencia en la atención al público y el mal servicio prestado, así como el reiterado incumplimiento del contrato por no observar la normatividad sanitaria en materia de condiciones higiénico - locativas.

En tal virtud, propuso las siguientes excepciones: (i) temeridad y mala fe, dado que, a su juicio, las actuaciones adelantadas por METROPARQUES no muestra la verdadera realidad de la situación que concurre en el señor DUVAN BUITRAGO HENAO, puesto que parcializan la información y de mala fe quieren demostrar unas circunstancias que no son ciertas para que se decrete la restitución del inmueble; es por ello -agrega- que la Convocante debió haber probado y no lo hizo, lo que consideró como una reiterada deficiencia en la atención al público y mal servicio prestado; y (ii) falta de legitimación en la causa, toda vez que el accionante no aportó elementos contundentes ni causa para fundamentar la pretensión de restitución del local que actualmente ocupa el señor DUVAN BUITRAGO HENAO en el Parque Juan Pablo II de propiedad de METROPARQUES y, por tanto, no se encuentra legitimación para pedir.

7. La competencia del Tribunal

En la primera audiencia de trámite celebrada el 13 de junio de 2008 (Auto No. 5 a fl. 85 cd. ppal.), el Tribunal se declaró competente para procesar y juzgar el asunto litigioso promovido y decretó las pruebas solicitadas por las partes y otras de oficio (Auto No. 6 a fls. 85 y 86 *ídem*).

8. El Laudo arbitral recurrido

El árbitro único, dictó el laudo que se recurre, con las siguientes decisiones:

“1º. Se deniegan todas las pretensiones declarativas y consecuenciales, así como la de la condena deducidas del escrito de la demanda.

Sobre las excepciones no se hará pronunciamiento, ante la improsperidad de las pretensiones.

2º- Se condena a la parte Convocante a pagar a la convocada la suma de Dos Millones Trescientos Cincuenta y Seis Mil Peso (\$2.356.000) por concepto de costas procesales, liquidadas como sigue:

1. Agencias en derecho:

Por concepto de agencias en derecho el Tribunal fija el equivalente al ciento por ciento (100%) de los honorarios del árbitro en el presente

proceso más el correspondiente IVA, esto es, la suma de Ochocientos Tres Mil Pesos (\$803.000).

2. Gastos.

CONCEPTO	VALOR
Honorarios 50%	\$602.250
Gastos de Administración	<u>\$950.750</u>
Total	\$ 1.553.000

3º. Declarar causado el saldo final de los honorarios del Árbitro y del secretario del tribunal. El Árbitro efectuará los pagos correspondientes.

4º. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a la Convocante, al Convocado, a la Procuraduría Judicial Administrativa y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquía.

5.º Ordenar que en la oportunidad legal se protocolice este expediente en una Notaría del Círculo de Medellín y se rinda por el Árbitro cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento.”

9. La impugnación

Inconforme con las decisiones tomadas en el laudo arbitral, la parte convocante, Metroparques E.I.C.E., el 12 de agosto de 2008 formuló recurso extraordinario de anulación contra el mismo (fl. 192 cd. ppal.), para lo cual invocó como causales las previstas en los numerales 6 (laudo en conciencia debiendo ser en derecho), 7 (contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias) y 9 (no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento) del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, equivalentes a las del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, y se reservó la sustentación de las mismas para la oportunidad establecida en ley.

10. El trámite del recurso

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante Auto de 10 de octubre de 2008 (fl. 197 cd. ppal), se avocó conocimiento, notificar al Ministerio Público por el término de ley, y se ordenaron los traslados sucesivos a las partes, período durante el cual ocurrió lo siguiente: i) el recurrente, Metroparques E.I.C.E. mediante escrito sustentó el recurso interpuesto, sustentación que será expuesta junto con su análisis en la parte considerativa de la presente providencia; y ii) la parte contraria, Duvan Buitrago Henao, guardó silencio.

11. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del traslado especial, presentó concepto, en el que una vez expuestos los antecedentes del recurso extraordinario de anulación y las características jurídicas del mismo, consideró que debe ser desestimado, toda vez que los cuestionamientos del recurrente no configuran ninguna de las causales de anulación invocadas por el recurrente (fls. 213 a 222 cd. principal), dado que estimó lo siguiente:

En primer término, que verificado el contenido del laudo arbitral acusado de nulidad, se evidencia que, contrario a lo sostenido por el recurrente, el laudo no se pronunció en conciencia, toda vez que se fundamentó en las normas de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, del Código de Comercio sobre contratos mercantiles y del Código Civil relativas a los elementos y requisitos para la existencia y validez de los contratos y, además, analizó las causales de incumplimiento contractual aducidas como fundamento de la pretensión de la convocante para concluir que no se configuraron.

En segundo término, que respecto de la causal de contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, no está llamada a prosperar por cuanto no demostró el impugnante que hubiera manifestado esa circunstancia al tribunal dentro del término de ejecutoria de aquél, tal y como lo exige la causal para su estudio en sede del recurso extraordinario de anulación.

Y en tercer término, que tampoco se configuró la causal de no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, teniendo en cuenta que de un análisis comparativo de las pretensiones de la demanda con el laudo arbitral se observa que se estudiaron minuciosamente todas y cada una de ellas así como las aspiraciones del convocado para concluir la improsperidad de las súplicas, sin que tal negativa haya obedecido a la falta de pronunciamiento sobre algún extremo de la litis bajo la órbita de competencia del árbitro.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el

presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos; y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

1. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del “*Contrato Sobre Prestación del Servicio*” de 24 de octubre de 1997, en el que una de las partes, como en este caso METROPARQUES E.I.C.E., en calidad de convocante, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal (Medellín), creada mediante Decreto No. 177 de 20 de febrero de 2002, expedido por el Alcalde de Medellín, es decir, se trata de una entidad pública.

En consecuencia, como la entidad convocada, METROPARQUES E.I.C.E, tiene una naturaleza pública, de acuerdo con la ley y las normas que la crean y organizan¹, debe entrar la Sala a conocer el recurso interpuesto por ella contra el laudo arbitral, dado que esa definición trae como consecuencia que la Corporación sea competente para resolver dicha impugnación, por cuanto la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.C.A., asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y juzgamiento de las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”².

¹ Mediante el Decreto 177 de 20 de febrero de 2002 (fls. 8 a 12 cd ppal.), expedido por el Alcalde de Medellín invocando las facultades conferidas en los Acuerdos Municipales 3 y 42 de 2001 y atendiendo la Ley 489 de 1998, se transformó la Corporación Recreativa Metropolitana de Medellín “METROPARQUES” en la Empresa Industrial y Comercial del Estado “METROPARQUES del municipio de Medellín, *“...con el objeto de promover, planear, financiar, construir, dotar, administrar, mantener, explotar y organizar la infraestructura, dirigida al desarrollo de la recreación social activa y pasiva, centros culturales y/o de esparcimiento y utilización del tiempo libre y de ocio en beneficio de la comunidad, en los cuales también se pueden desarrollar actividades deportivas, artísticas, culturales, previendo siempre la conservación y defensa de los recursos naturales y del medio ambiente, la protección de la salud y aseo público, dotándolos en algunos casos, con atracciones mecánicas, servicios de restaurantes, cafetería y venta de artículos deportivos, recreativos y educativos...”*, para lo cual podrá desarrollar todo tipo de contratos o convenios de colaboración empresarial y administrar en especial los espacios que el municipio de Medellín determine tales como: parques, cerros, tutelares, rutas verdes, parques barriales, vecinales, zonales, lineales acuáticos de atracciones (art. 5).

² “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas 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 (...)”. (Subraya la Sala). Así, al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó un criterio orgánico, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un elemento subjetivo, de acuerdo con el cual el factor para efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado, abandonando así el factor funcional o material.

2. DEL ARBITRAMENTO Y DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala³, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 y aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 de la Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Empero, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994⁴.

Este tema se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, para establecer:

³ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de mayo de 2006, Exp. 31.024, C.P. Alíer Hernández Enríquez.

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

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

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

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

Por consiguiente, a partir de la vigencia del anterior precepto⁵, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 de la Decreto 1818 de 1993, con independencia de que el contrato origen del conflicto en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o también por el estatuto de contratación pública.

En tal virtud, como quiera que en el *sub examine* se interpuso el recurso extraordinario contra el laudo arbitral el 12 de agosto de 2008, ello significa que ya se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, de manera que las causales de nulidad que resultan aplicables, corresponde a las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, tal y como así las invocó el recurrente.

3. DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Precisado lo anterior, la Sala analizará en el orden propuesto por el recurrente en la sustentación presentada en el término previsto por la ley (“6. *Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”, “7. *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*”; y “9. *No haberse decidido sobre*

⁵ Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

cuestiones sujetas al arbitramento”), si los cargos por él endilgados configuran causales de anulación del laudo arbitral de 4 de agosto de 2008, para lo cual se tendrán en cuenta las consideraciones generales expuestas en la jurisprudencia de la Sala a propósito de la naturaleza y características del recurso extraordinario de anulación.

3.1. Primera Causal: *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”* (Numeral 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.1.1. Sustentación del recurso

Consideró el recurrente que en el laudo arbitral no se obró en estricto derecho, sino que se falló motivado por razones de equidad, de sentido común y de justicia, dado que:

i) El Tribunal decretó de oficio la declaración de José Pablo Ochoa Muñoz, sin que se hubiese solicitado dentro de la contestación de la demanda ni en la audiencia de conciliación por el convocado, como tampoco dentro del Auto No. 6 en el cual se decretaron las pruebas, vulnerando el derecho de defensa y el principio de publicidad de la prueba.

ii) El Tribunal, de una parte, advierte que en este tipo de litigios no existe un término legal de caducidad, pero, de otra parte, siendo que se trata de un arbitraje en derecho, aplica la teoría doctrinal de los actos propios como argumento adicional para negar las pretensiones e invalidar con ella las causales de terminación y el paso del tiempo (*“tolerancia por más de una año”*), sin que dicha teoría o el propio Tribunal indicaran cuál es el término para que se configure por actos propios omisivos.

iii) Pese a que el convocado aceptó como ciertas las sanciones que en materia de higiene y salud le impusiera la Secretaría de Salud, el Tribunal decidió, con base en los testimonios, desvirtuar esa confesión, cuando en derecho es conocido que los hechos admitidos como ciertos o confesados no son objeto de prueba.

iv) Respecto de la primera sanción impuesta por la Secretaría de Salud, mediante la Resolución 135 de 18 de abril de 2007, el Tribunal reconoce en ella causas

imputables al convocado, sin embargo trata de minimizarlas aduciendo que el manejo, la preparación y el servicio no es una obligación contractual; es decir, para el Tribunal el lugar puede estar sucio y sin desinfectar, y los alimentos pueden estar mal almacenados o descompuestos, y esto no constituye un incumplimiento a las más estrictas normas de higiene, porque su comercializador no fue sorprendido vendiéndolos al consumidor final.

v) En relación con la segunda sanción sanitaria, impuesta a través de la Resolución 348 de 22 de agosto de 2007, el Tribunal toma un fragmento de esta prueba documental para concluir que la sanción obedeció a un incumplimiento en cabeza de la convocante, cuando en el mismo laudo también reconoce que sus causas eran imputables tanto al convocado como a la convocante.

vi) En cuanto al acta de decomiso de alimentos vencidos, contaminantes, mal almacenados y algunos en proceso de descomposición, el Tribunal considera que ello por sí solo no constituye un incumplimiento de las más estrictas normas de higiene, porque se demostró que no se estaban ofertando, lo cual significa que pueden almacenarse en dichas condiciones y que ello no genera ninguna infracción.

vii) El Tribunal, a más de desconocer el valor probatorio de los dos actos administrativos sancionatorios proferidos por la Secretaría de Salud de Medellín contra el convocado, pone en tela de juicio dichos actos en cuanto a los incumplimientos en materia de salud imputables al convocado, y paradójicamente escinde estas pruebas desconociendo el principio de unidad probatoria, para tomar de las mismas los elementos tendientes a demostrar el incumplimiento en materia de salud imputable a Metroparques y la falta de prueba del incumplimiento a cargo del prestador del servicio.

viii) El Tribunal extrae de la Resolución 348 de 2007 la responsabilidad de Metroparques en la segunda sanción, pues considera que frente a la primera sanción el convocado cumplió con sus obligaciones cuando obtuvo el levantamiento del cierre del local y un concepto favorable y a partir de allí deduce que quedaron obligaciones pendientes a cargo de Metroparques, lo cual constituye una presunción, máxime cuando no obraba el acta de visita de la Secretaría de Salud de 5 de mayo de 2007, a la cual se hace referencia en la misma.

ix) El Tribunal aplicó otra presunción cuando considera que al momento en que el convocado envía una carta a Metroparques (9 de febrero de 2007), solicitando hacer unas mejoras a la caseta y ésta le responde (7 de marzo de 2007), *“Metroparques ya tenía dichos documentos en su poder o por lo menos tenía posibilidad de obtenerlos”*, olvidando que la primera sanción ocurrió el 18 de abril de 2007 y la segunda el 22 de agosto de ese año, luego era imposible para Metroparques tener esos documentos.

x) En las declaraciones de los testigos, solicitadas por el convocado, y en el intempestivo testimonio de oficio decretado, se aprecia que el disgusto se centra en la terminación del contrato sin indemnización debido a justas causas, lo cual hizo eco en el Tribunal. Los señores testigos Antonio Cárdenas y José Pablo Ochoa, con la anuencia del Tribunal, a más de relatar los hechos que presenciaron, se dedicaron a emitir juicios de valor y opiniones respecto de instituciones como Metroparques, la Secretaría de Salud y el Municipio de Medellín.

xi) Al igual que la prueba documental aportada por Metroparques, frente a las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte, el Tribunal fue muy acucioso en relucir lo favorable del convocado y opacar lo desfavorable a él, sin considerar diferentes aspectos de las declaraciones y testimonios.

xii) Por último, resulta extraño que para el Tribunal tampoco prospere la tacha de falsedad formulada contra el testigo Antonio Cárdenas Ruiz, arrendatario al igual que el convocado y que ha sido también demandado por Metroparques.

De acuerdo con lo anterior, concluye el impugnante que se tiende un manto de dudas sobre el carácter jurídico del laudo, pues uno proferido en derecho se hubiera sustentado en una actividad probatoria (decreto, práctica y valoración) acorde con las reglas de la sana crítica y de la lógica; en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, con criterios de igualdad probatoria y acatamiento de los principios que las rigen; y en fundamentos legales y no en consideraciones doctrinales, presunciones, deducciones, o argumentos en equidad o de justicia.

3.1.2. Consideraciones de la Sala

3.1.2.1. El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“*ex aequo et bono*”).⁶

En cambio, en el fallo en derecho el juez debe apoyarse en el ordenamiento jurídico, esto es, en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que lo integran, que constituyen el marco de referencia en el que se ha de encuadrar su decisión; como corolario, el juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, según autoriza el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala en Sentencia de 3 de abril de 1992, Exp. 6695, precisó los requisitos y alcances de la causal relativa a haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, así:

“El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico; tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo.

“...El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

“Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las

⁶ Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández, y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

“..Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le dá a determinado medio o al conjunto de todos.”⁷ -Subraya la Sala-

Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política, en cuyo artículo 230, se establece que:

“Art. 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos, al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia⁸, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares; en efecto, dado que las leyes consagran supuestos generales y situaciones en abstracto que se presentan en la sociedad, al ser aplicada a los casos particulares a los cuales está dirigida, requiere de la intervención de criterios y principios que como la equidad permiten desatar cualesquier controversia concretando el valor de justicia; es decir, su importancia reside en que con ella se precave una injusticia derivada de la aplicación de la ley a un caso particular. Por eso, en derecho siempre hay que encontrar decisiones y soluciones que, bajo el principio de equidad y sin abdicar o desconocer la ley, resulten justas, tarea en la cual el juez no se opone a la voluntad soberana del legislador sino que la concreta en atención a la situación particular y en forma tal que esté en consonancia con las circunstancias reales y propias del caso, para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ De ahí que Aristóteles haya señalado que lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia entre ellos es que lo equitativo es aún mejor. Cfr. Ética a Nicómaco, Lib. V. Cap.X.

De otra parte, también ha señalado la Sección que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar por parte del juez del recurso la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191); además, ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia.

Igualmente, ha sostenido la Sala que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso, porque:

“(...) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. (...) Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica.”⁹

La posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto.

Y, además, en Sentencia de 18 de junio de 2008 (Exp. 34.543), la Sección precisó que la naturaleza del yerro que se sanciona con esta causal, es *in procedendo* y no *in iudicando*, de manera que so pretexto de invocar la misma no será posible para el juez del recurso verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador arbitral le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso; es decir, dejó en claro la Sala que no es viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31.887, C.P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez.

norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

Así lo explicó la Sala:

“...Aunque la Sala reitera los criterios jurisprudenciales anteriores, estima oportuno precisar que cuando se ha referido a que con base en esta causal puede ser discutido el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, debe entenderse esta afirmación en el contexto de la naturaleza del yerro que se sanciona con la misma, esto es, por un vicio *in procedendo* y no *in iudicando*, de manera que bajo ese expediente no será posible verificar el fondo del fallo, ni menos aún modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas, en atención a los límites que la ley ha fijado a este recurso.

Es decir, por vía de esta causal no es viable plantear y menos aún estudiar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto.

En efecto, recuérdese que al quebrantamiento de las normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa y la indirecta; la primera cuando con independencia de la prueba, el juzgador al dictar sentencia, infringe la norma por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; al paso que en la segunda incurre en esa violación por errores en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, bien por error de hecho evidente o manifiesto o bien por error de derecho.¹⁰

Suficientemente se encuentra decantado en la jurisprudencia que el error probatorio de hecho ocurre cuando el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, en cuanto la omitió, ignoró o creyó que existía o al apreciarla distorsionó la

¹⁰ Nota de la providencia transcrita: “En cuanto al error de hecho y error de derecho en general, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: Sentencia N° 065 de fecha 13 de julio de 1995; Sentencia N° 34 de fecha 10 de agosto de 1999; Sentencia N° 035 de fecha 17 de agosto de 1999; Sentencia N° 111 de fecha 1° de diciembre de 1999; Sentencia de fecha 19 de octubre de 2000; exp. 5442; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 5619. Respecto de error de hecho: Sentencia N° 06 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia N° 04 de fecha 11 de marzo de 1999; Sentencia de fecha 14 de febrero de 2001; exp: 6347; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, exp. 6399; Sentencia de fecha 21 de mayo de 2001; exp: 5924; Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001 exp: 6142; Sentencia N° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia N° 90 de fecha 22 de octubre de 1998; Sentencia N° 006 de fecha 12 de febrero de 1998; Sentencia N° 11 de fecha 3 de marzo de 1998; Sentencia N° 80 de fecha 18 de septiembre de 1998; Sentencia N° 28 de fecha 27 de julio de 1999; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 14 de mayo de 2001; exp: 6752; Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1993, reiterada en sentencia de junio 28 de 2000, exp.: 5430; Sentencia de fecha 27 de marzo de 2001; exp: 5676; Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001; exp: 5670. Y Sobre error de derecho: Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997; Sentencia No. 009 de 22 de abril de 1997; Sentencia N° 019 de fecha 8 de junio de 1999; Sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999, entre otras.”

situación fáctica¹¹. Y el error de derecho, se presenta cuando la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero, al valorarla o contemplarla jurídicamente, el juzgador infringe las normas legales que regulan tanto su producción (decreto, aducción y práctica), como su eficacia al determinarle una fuerza de convicción que la ley no le asigna, es decir, vio la prueba en su materialidad misma, pero no le otorgó el valor demostrativo que la ley le asigna, o le atribuyó uno que ésta le niega.¹² Por tanto, en el error de hecho se trata de una falsa noción del hecho, y en el error de derecho, de una equivocada noción de la ley probatoria...¹³

En consecuencia, según el criterio expuesto en la jurisprudencia anterior, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo; por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho, pese a que no señale el mérito que le otorga a determinado medio de convicción.

3.1.2.2. En el caso concreto, en resumen, el recurrente consideró que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho, incurriéndose en la causal de anulación invocada, porque no se sustentó en la evaluación probatoria y con los fundamentos legales que, en su criterio, se debió haber realizado y aplicado, sino que, a su juicio, se fundamentó en consideraciones doctrinales, presunciones, deducciones, o argumentos en equidad o de justicia.

¹¹ Nota de la Providencia Transcrita: "Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia N° 34 de 10 de agosto de 1999."

¹² Nota de la Providencia transcrita: "Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2000, Exp. 5442. Además, "Cuando en el cargo se imputa a la sentencia la violación de normas sustanciales como consecuencia de errores de derecho, debe el recurrente, para aspirar a la admisión de ese cargo, indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas y explicar en qué consiste la infracción, que es lo que de manera diáfana consagra el artículo 374 in fine del Código de Procedimiento Civil, como requisito para la admisión de la demanda." Cfr. Ídem, Auto No.307 de 25 de noviembre de 1997."

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de junio de 2008, Exp. 34.543, Actor: Teleacceso S.A. en Liquidación, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Al respecto, la Sala coincide con el Ministerio Público en sus apreciaciones según las cuales este cargo no está llamado a prosperar, pues, a contrariedad de lo esgrimido por el recurrente, la sola lectura del laudo arbitral acusado, permite concluir que el mismo se profirió en derecho y no en conciencia. En efecto, observa la Sala que el árbitro único adoptó su decisión bajo el siguiente análisis:

Previo el estudio de los presupuestos procesales (*fls. 166 a 169*), precisó, en primer término, el marco normativo del negocio jurídico examinado (*fls. 169 a 170*), para señalar que se trataba de un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993 (arts. 2 y 32), al cual le resultan aplicables las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo disposición en contrario en dicha ley, y en particular, por la calidad de comerciante del convocado, la normativa de los contratos mercantiles (art. 822 del C. Co.); además, con exposición de las normas civiles y mercantiles y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (arts. 16, 1502, 1602 del C.C.; art. 41 de la Ley 80 de 1993), indicó que el contrato era válido y, por tanto, generador de derechos y obligaciones (*fls. 170 a 172*).

Despejado el asunto relativo a la validez del contrato, como presupuesto previo a su examen, observó que en la Cláusula Décima Cuarta del contrato se pactaron algunas causales de terminación del contrato a favor de la entidad convocante, dentro de las cuales se encontraba la violación de cualquiera de las obligaciones que el prestador del servicio hubiera contraído (*fls. 172 a 173*).

Así, al analizar las obligaciones contractuales relativas a cumplir las más estrictas normas de higiene, estipulada en el numeral 2 del párrafo segundo de la Cláusula Séptima del contrato, encontró que, si bien existió un incumplimiento en la normatividad que generó la sanción por parte de las autoridades sanitarias, éste no era sólo imputable al señor Duvan Buitrago Henao en cuanto a las condiciones de manejo, preparación y servido, sino también a Metroparques E.I.C.E. en lo relativo a la parte locativa que obstaculiza la limpieza y desinfección de la caseta, según las actas de las autoridades sanitarias que practicaron las respectivas visitas los días 21 y 26 de enero de 2007, y lo corrobora los testimonios rendidos en el proceso y demás documentos -Resoluciones 135 de 18 de abril de 2007 y 347 de 22 de agosto de 2007- (*fl. 176*).

Igualmente, consideró que fue precisamente Metroparques quien sin razón lógica alguna, incumplió con los requerimientos locativos exigidos por la Secretaria de

Salud del Municipio, lo que llevó a que se impusiera una segunda sanción al convocado, y agregó que, de un análisis de las pruebas, se evidenciaba que *“...la entidad encargada de la vigilancia, en la resolución No. 348 del 22 de agosto de 2007, no se atrevió a sancionar al Convocado por despachar comidas descompuestas o con cambios en sus características organolépticas, sino que por las mismas razones que la sanción anterior, valga decir, por la parte locativa, sin que ello tenga nada que ver con la causal imputada al Convocado, Señor BUITRAGO HENAO, de incumplimiento de las más estrictas normas de higiene en la caseta No 10, pues (...), de lo que se imputa, es obligación de METROPARQUES realizarlo o acatarlo.”* (Fls. 180 y 181). Por lo mismo, infirió que no existe prueba de que el convocado hubiera incumplido la obligación contractual del prestado del servicio.

De otra parte, enfatizó que de las pruebas aportadas al proceso no se desprende una deficiencia en la atención del público o un mal servicio prestado, porque no está demostrado que la comida que se encontraba en la Caseta No. 10 a cargo del convocado que pudo estar contaminada o descompuesta se hubiese ofertado y entregado efectivamente al público, pues de haber sido así, la afectación a la comunidad consumidora de los mismos sería evidente y las quejas no se hubieran hecho esperar, pero la parte Convocante no arrimó prueba al plenario de esta prueba (fl. 182).

En este sentido, coligió que la parte convocante no cumplió con la carga probatoria para que prosperaran sus pretensiones, y que, además, en el evento de haberse probado las causales de terminación, resultaría contrario a la teoría de los actos propios el demandar por unos hechos que toleró el convocante por más de un año, los cuales sólo invocó Metroparques en el momento en que necesitó de algún motivo para lograr el objetivo buscado, no relacionado con el incumplimiento del contrato, sino con la administración y explotación directa con fines económicos de la Caseta No. 10 ubicada en el Parque Juan Pablo II de la ciudad de Medellín materia del contrato (fls. 186 y ss.).

Así mismo, desestimó la tacha de sospecha en relación con el testigo Antonio Cárdenas Ruiz, formulada con base en el artículo 217 del C. de P. Civil, al estimar que no tenían un interés común con el convocado, pues en nada beneficia la decisión favorable que uno de ellos obtenga, y las declaraciones son coherentes y verosímiles (fl. 189). Y, finalmente, condenó a la parte convocante a pagar las

costas del proceso, en atención a lo dispuesto por el artículo 392 del C. de P. Civil, consistentes en el valor de las agencias en derecho y los gastos causados durante el trámite arbitral (*fl. 190*).

Así las cosas, tal y como se expuso, para que se configure la causal de anulación invocada por el censor, es necesario que sea manifiesta y ostensible la circunstancia de que el fallo se profirió en conciencia.

Sin embargo, verificado el contenido del laudo arbitral acusado, tal y como arriba se consignó, salta a la vista todo lo contrario, esto es, que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente (documentos, interrogatorios de parte, testimonios), sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos del árbitro único, de la aplicación de la ley y del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales, en conformidad con lo explicado al comienzo de la parte considerativa de esta providencia, en cuanto de acuerdo con la ley no tiene el juez del recurso extraordinario competencia para estudiar el fondo del asunto, como si se tratara de un juez de instancia para volver a valorar las pruebas y hacer un nuevo razonamiento jurídico y de mérito sobre el litigio que le fue sometido al tribunal arbitral.

Además, para la Sala no puede pasar desapercibida la clara intención del libelista de que el juez del recurso de anulación estudie errores *in iudicando* de la decisión arbitral, mediante una nueva valoración de la prueba, en el entendido de que plantea una violación indirecta de las normas sustanciales por presuntos yerros al apreciar la misma.

En efecto, llama la atención que en la sustentación de su recurso el recurrente concluyó que:

“...El Tribunal tuvo yerros y omisiones jurídicas como fácticas en materia probatoria que hizo que esa apreciación fragmentada se viera reflejada en un Laudo en equidad o en conciencia, pero no en estricto derecho, pues se le dio mayor valor persuasivo a los testimonios axiológicos o valorativos (de un expleado del Convocado y de una persona que al igual que el convocado

también ha sido requerido judicialmente por Metroparques para la terminación de su contrato) que las sanciones de la Secretaría de Salud, desconociendo el mérito probatorio de estos documentos públicos, la confesión de hechos de la demanda realizada por el Convocado y la valoración individual y en conjunto del acervo probatorio, bajo el tamiz de la crítica y la sana lógica...” (Negrillas ajenas al texto original).

Como puede apreciarse, el recurrente se refiere en su escrito de impugnación al estudio probatorio y al análisis jurídico realizado por el Tribunal, lo que confirma que su discrepancia con el mismo estriba en que no acepta la solución jurídica que fue adoptada por el árbitro único.

En las anteriores condiciones, se vislumbra que los argumentos formulados en este cargo por el recurrente se estructuran sobre presuntos vicios *in iudicando* y no *in procedendo*, que se proponen, incluso, en forma similar a un recurso de apelación, dado que se enfilan a atacar las conclusiones jurídicas y la valoración de las pruebas consignadas en el laudo, de manera que su estudio implicaría que la Sala realizara un análisis del fondo del proceso y de su acervo probatorio, lo cual está vedado al resolver el recurso extraordinario de anulación de laudos, en tanto no se trata de una segunda instancia de los árbitros en la que se cuente con los poderes que tiene el juez de un recurso de alzada.

En efecto, nótese como el impugnante con el recurso pretende sacar avante su personal apreciación e interpretación jurídica de la manera como debieron ser valoradas las pruebas por el Tribunal de Arbitramento, por cuanto no comparte la decisión que resolvió el problema jurídico, lo cual resulta inaceptable pues se sustenta en presuntas violaciones directas e indirectas a la ley sustancial, es decir, en la actividad *in iudicando*, para la que, se insiste, no está prevista ninguna causal en tratándose del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, por lo que también se considera que el actor desatendió la técnica procesal del recurso y desconoció su finalidad.

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes.

En este orden de ideas, concluye la Sala que el Tribunal como consecuencia de un estudio jurídico y probatorio resolvió el asunto litigioso con fundamento en el derecho objetivo vigente, esto es, falló con base en las normas jurídicas y su interpretación, analizó el contrato, expuso consideraciones basadas en fuentes formales del derecho y valoró las pruebas obrantes en el juicio arbitral con sustento en la sana crítica.

Por lo tanto, se infiere que la providencia recurrida fue proferida en derecho y no en conciencia, motivo por el cual este cargo carece de fundamento y no prospera.

3.2. Segunda causal: *“...Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento...”* (Numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

3.2.1. Sustentación del recurso

Sostiene el impugnante que se incurrió en esta causal, toda vez que en el Laudo Arbitral se reconoce que Metroparques consignó el 100% de los honorarios y los gastos del proceso, sin embargo al momento de condenar y liquidar las costas no tuvo en cuenta las expensas pendientes de reembolso por parte de Duvan Buitrago Henao a Metroparques, ni el interés moratorio o compensación alguna, lo cual fue advertido al Tribunal al momento de proferir la providencia, cuando señaló que en ese caso debía operar la compensación, sin que se hubiese realizado la respectiva corrección o aclaración.

3.2.2. Consideraciones de la Sala

3.2.2.1. La esencia de la causal contemplada en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (numeral 7º artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), por cuya inteligencia se encuentra viciado el laudo cuando en su parte resolutive contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias, de semejante linaje a la establecida para el recurso extraordinario de casación (artículo 366 No. 3 del C. de

P. Civi) y equivalente a la tercera que establecía el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –original-¹⁴, se ilustra en el siguiente fallo de la Sala:

“Dicha causal tiene lugar, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además ‘la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago’¹⁵.

“En relación con el fundamento de esta causal de casación, expresa PIERO CALAMANDREI:

‘En el caso en que la sentencia de apelación “contenga disposiciones contradictorias” (art. 517, n. 7, CPC), la misma, que, sin embargo, ha alcanzado la categoría de cosa juzgada en sentido formal, no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial), ya que si la parte dispositiva contiene pronunciamientos que están en contradicción, de modo que el uno no puede ser ejecutado sin que el otro se convierta en inejecutable, se puede decir que los mismos se neutralizan y se eliminan recíprocamente, de la misma manera que algebraicamente la suma de dos cantidades iguales, la una positiva y la otra negativa, equivale a cero’¹⁶

“El fundamento de esta causal de anulación del laudo deriva de las soluciones contradictorias u oscuras, las que precisamente por su falta de claridad y de lógica constituyen obstáculo insalvable para concretar en su sentido sustancial o material, los efectos de la cosa juzgada. Dicho de otra manera

“el vicio lógico se ha manifestado aquí en la volición, en cuanto el juez, al mismo tiempo, ha establecido la certeza de la existencia de varias voluntades concretas de ley que recíprocamente se anulan en la práctica. Considerado en su origen, el motivo contemplado en el num. 7 del art. 517 CPC, es pues, un verdadero y propio error in iudicando; pero puesto que su existencia produce no solamente un fallo injusto, sino un fallo prácticamente inactuable, este vicio puede ser considerado también como un error in procedendo, que vicia la sentencia como “providencia” del mismo modo que la absoluta falta de parte dispositiva la vicia como “acto escrito”¹⁷». ¹⁸ -Subraya la Sala-

¹⁴ Antes de la modificación que al mismo se introdujo por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁵ “Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98).”

¹⁶ “La casación civil. Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1961. T.II. p. 344.”

¹⁷ “Ibídem, p. 345.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero 2006, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 2970. Véase también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2002, Exp. 20634.

De otra parte, la Sala también ha recalcado que en tratándose de esta causal debe cumplirse con el requisito de procedibilidad en ella contemplado, toda vez que *“...cuando la norma alude a la reclamación oportuna de tales irregularidades ante el Tribunal de Arbitramento, debe entenderse que aquella reclamación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral, contemplados en el artículo 36 del decreto ley 2.279 de 1989, días en los cuales se puede pedir la aclaración, la corrección y/o la complementación del mismo laudo...”*¹⁹; y que la contradicción del laudo para que sea anulable, debe buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre ésta y la motiva o solo en esta última, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva²⁰.

Además ha subrayado la Sección que la circunstancia de que los árbitros hubiesen valorado en forma contradictoria o no los medios de prueba obrantes en el proceso, no configura esta causal²¹, ni autoriza revisar el laudo para controvertir su parte motiva, bajo el expediente de que inciden en la parte resolutive del laudo²².

En resumen, se configura la causal siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en una o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que lo fallado en una parte de pretender cumplirse simultáneamente veda o aniquila otra.

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada²³: i) a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento; ii) a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la

¹⁹ Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 25.021 C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁰ Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5.326.

²¹ Sección Tercera, Sentencia de 4 de julio de 2002. Exp. 22.195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²² Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Exp. 32.986, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25.489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En similar sentido Sentencia 6 de junio de 2002, Exp. 20.634.

parte resolutive del laudo; y iii) a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive, como cuando “...una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago...”²⁴.

3.2.2.2 El presente cargo no tiene vocación para prosperar, dado que examinados los antecedentes del trámite arbitral, se observa que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la causal consagrada en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en el que se establece que las disposiciones contradictorias deben ser alegadas oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

En efecto, en el presente asunto, como lo señaló el Ministerio Público, ni al momento de proferir el laudo (acta de 4 de agosto de 2008 a fl. 160 cd. ppal.) ni menos aún durante su ejecutoria (fls. 192 y ss. cd. ppal) se realizó una petición expresa en el sentido invocado en el cargo, en relación con presuntos errores aritméticos o disposiciones contradictorias, con el fin de que el Tribunal pudiera si lo consideraba procedente realizar la respectiva corrección.

En tal virtud ante la falta de agotamiento del requisito aludido y, por ende, la carencia de este presupuesto, no es posible el estudio de la causal invocada, por cuanto, se reitera, si dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo arbitral (término de su ejecutoria) no se pide la aclaración, la corrección o la complementación del laudo, no es posible alegarla de acuerdo con la norma que establece la causal invocada en sede del recurso extraordinario de anulación, en tanto el juez de éste recurso sólo puede proceder a enmendar el yerro cuando los árbitros se negaron u omitieron hacerlo pese a solicitud expresa, en el término indicado, de la parte interesada.

Por lo expuesto, este cargo no resulta de recibo.

3.3. Tercera causal: “...No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”...” (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

²⁴ Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, Exp. C-4851 (S-070-98) Corte Suprema de Justicia.

3.3.1. Sustentación del recurso

Fundamenta el impugnante esta causal esgrimiendo que en la demanda y durante el proceso arbitral se mencionaron ciertos hechos y se aportaron las respectivas pruebas para que el Tribunal de Arbitramento las apreciara y se pronunciara, pero éste soslayó este deber en varios casos a saber:

i) Desechó todas y cada unas de las pruebas del incumplimiento del Contrato por parte del convocado, para deducir que el verdadero motivo para dar por terminado el contrato era la decisión de Metroparque de retomar el espacio ocupado para ser administrado y explotado por él mismo, tesis con base en la cual nunca podría invocarse una causal de terminación del contrato.

ii) No se percató que el prestador del servicio violó la obligación de contar con la autorización de Metroparques para realizar mejoras, lo cual había confesado ante la Secretaría de Salud en el trámite de la primera sanción, pese a que en el interrogatorio de parte afirmó no haberlo hecho.

iii) Pretermitió enunciar algunos aspectos imputables al convocado relativos a las condiciones de saneamiento e higiene del área de preparación, de los equipos, del manejo y el servido de alimentos, que fueron calificados con cero puntos y dieron lugar a la sanción prevista en la Resolución 135 de 18 de abril de 2007, según el acta No. 103075.

iv) Realizó una parcializada valoración probatoria en la que no consideró que el objeto del contrato era la venta de comestibles y no el procesamiento de todo tipo de alimentos, aspecto este último para el cual no estaba diseñada la caseta al carecer de las condiciones higiénico locativas y de espacio necesarias, de manera que los requerimientos locativos hechos por la Secretaría Salud fueron debidos a esa circunstancia que no estaba autorizada en el contrato sino solamente para comercializar determinados alimentos.

3.3.2. Consideraciones de la Sala

3.3.2.1. La causal *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*, prevista en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, evento en el cual

se predica que el fallo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil).

Esta causal y la prevista en el numeral 8 del mismo artículo (*“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*), son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (*infra* o *citra petita*), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y *causa petendi*- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvención y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente.

Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 *ibídem*).

En virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión²⁵.

En suma, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en la causal 9 de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1993.

3.3.2.2. Descendiendo al caso concreto, advierte la Sala que para el recurrente en el laudo no se decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, porque no se pronunció sobre hechos y pruebas aportadas en el debate jurídico, en algunos casos se pronunció sobre hechos favorables al convocado guardando silencio sobre los desfavorables, así mismo resaltó las pruebas a favor del convocado y no señaló con el mismo criterio y grado de convicción todas las pruebas aportadas por Metroparques, que demostraban los hechos constitutivos de incumplimiento del contrato y que fueron aceptados por el convocado.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

En este sentido, observa la Sala que para sustentar este cargo nuevamente recurre el impugnante a críticas sobre el análisis jurídico realizado por el árbitro para declarar imprósperas las pretensiones de la demanda, relacionadas con la terminación del contrato objeto de la controversia por el incumplimiento de las obligaciones de su cocontratante, así como a aseveraciones sobre la forma en que debió valorar el material probatorio y aplicar reglas de interpretación, lo que hubiera permitido, en su criterio, inferir la infracción al contrato por parte del convocado, entre otros aspectos.

Nótese, entonces, cómo el recurrente pretende a través de este recurso que se realice una nueva revisión y valoración de las pruebas, con el objeto de modificar las consideraciones y evaluaciones jurídicas que hizo el árbitro, lo cual, de suyo, no se ajusta a la naturaleza y propósitos del recurso extraordinario de anulación contra laudos, porque, tal y como se explicó, éste no es un medio que permita la apertura de una instancia adicional, en la que se actúe como superior jerárquico de aquél, para entrar a examinar de fondo el asunto en cuanto a los hechos que fueron materia de decisión o sobre el valor que se le otorgó a cada una de las pruebas o inferencias que en derecho éste aplicó, materia ésta que, precisamente, es de la competencia del Tribunal Arbitral por expresa voluntad de las partes.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la argumentación del impugnante se concreta en el hecho de que el Tribunal desechó todas y cada una de las pruebas del incumplimiento del contrato por parte del convocado, no se percató que el prestador del servicio violó la obligación de contar con la autorización de Metroparques para realizar mejoras, pretermitió enunciar algunos aspectos imputables al convocado relativos a las condiciones de saneamiento e higiene que dieron lugar a la sanción y realizó una parcializada valoración probatoria, es decir, dado que la censura se refiere a un desacuerdo con el análisis del acervo probatorio y las conclusiones jurídicas a las que arribó el juez arbitral, con el propósito de conseguir una valoración y decisión diferentes, se considera que se trata de cargos por errores *in iudicando* y no *in procedendo*, con lo cual se omitió la técnica procesal del recurso y se desconoció su finalidad.

Pero aun en gracia de discusión, la Sala al verificar la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador en el laudo arbitral, para determinar si existe la debida armonía entre lo pedido y lo resuelto o la carencia de ésta, labor que se impone en el

estudio de esta causal, tal y como arriba se explicó, advierte que no resulta incongruente.

En efecto:

i) En la demanda la convocante solicitó declarar terminado el Contrato sobre Prestación del Servicio, celebrado el día 24 de Octubre de 1997, entre el señor Duvan Buitrago Henao y Metroparques, por el incumplimiento del prestador del servicios a sus obligaciones contractuales relativas a cumplir con las más estrictas normas de higiene y por la reiterada deficiencia en la atención al público y mal servicio prestado; y ordenar desocupar y restituir el inmueble objeto del Contrato;

ii) Por su parte, la convocada rechazó lo relativo a la deficiencia en la atención al público y el mal servicio prestado, así como el reiterado incumplimiento del contrato por no observar la normatividad sanitaria en materia de condiciones higiénico - locativas; y

iii) El Tribunal sin desviarse del problema jurídico resultante de los hechos materia de la controversia, cuyo estudio fue abordado en la forma en que atrás se reseñó, luego del análisis de las pruebas, concluyó que no resultaban prósperas, sin que esa negativa fuera producto de la falta de estudio de algún extremo resultante de las pretensiones de la demanda y las defensas incluidas en la contestación de la misma.

Lo que ocurre, según se desprende de la sustentación del recurso, es que la parte convocante no quedó satisfecha o conforme con la decisión y la valoración probatoria, ante lo cual es importante precisar que si la decisión adoptada en el laudo no fue favorable a las pretensiones del demandante, es decir, si en él se resolvió en forma adversa a sus intereses, no es una actuación que viole el principio de congruencia, por cuanto comporta un pronunciamiento sobre la pretensión como resultado del debate procesal y con observancia de las formas propias del juicio arbitral, que, por lo mismo, excluye la prosperidad de la causal invocada ²⁶.

²⁶ "...Distinto de no decidir un extremo de la litis -ha dicho la Corte- es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte (...). De lo contrario

En síntesis, el Tribunal de Arbitramento no dejó de pronunciarse o resolver respecto de la cuestión litigiosa materia de conocimiento en virtud del pacto arbitral, no siendo viable, por la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación del laudo arbitral, evaluar la manera como interpretó la demanda y decidió las pretensiones de la convocada y determinar si lo hizo correcta o erradamente, dado que esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo.

Se advierte lo anterior, en tanto el censor pretende en últimas por vía de la referida causal de fallo *infra petita*, como bien lo señaló la vista fiscal, la revisión de las bases normativas, probatorias y argumentativas en que el tribunal de arbitramento cimentó su laudo,

Por lo expuesto, este cargo no prospera.

En las anteriores condiciones se impone concluir que el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Metroparques E.I.C.E., en su calidad de convocante en el proceso arbitral, carece de prosperidad, por cuanto no se probó alguna de las causales invocadas. En consecuencia, la parte recurrente será condenada en costas, de conformidad con lo ordenado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por METROPARQUES E.I.C.E., en calidad de parte convocante en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 4 de agosto de 2008 por el Tribunal de

se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable." Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 22 de enero de 1980 (G.J. t CLXVI pág. 9).

Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas entre esa entidad y DUVAN BUITRAGO HENAO, en calidad de convocado, con ocasión del “Contrato Sobre Prestación del Servicio” suscrito entre éstos el 24 de octubre de 1997.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la recurrente convocante, METROPARQUES E.I.C.E., las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR