

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Declara infundado. Caso Consorcio Aseo Capital, reversión de vehículos destinados para la recolección de basuras en Bogotá

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Laudo arbitral. Niega por cuanto no cumplió con la carga de argumentación de la solicitud

Si bien en el presente asunto la solicitante cumplió con el requisito de oportunidad, pues presentó su solicitud de suspensión en el mismo escrito por el cual sustentó el recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto; sin embargo no cumplió con el requisito de la carga argumentativa mínima exigida para la procedencia de dicha solicitud, pues no expuso las razones jurídicas, ni fácticas en las cuales fundó su petición, sino que limitó su argumentación a hacer referencia al artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 y a referirse a la naturaleza jurídica de la UAESP, motivación que a juicio de la Sala resulta insuficiente para acceder a la solicitud de suspensión en la ejecución del laudo arbitral. Por las razones expuestas encuentra la Sala que la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo arbitral no se encuentra llamada a prosperar. **NOTA DE RELATORÍA:** Síntesis del caso: El 15 de julio de 2003 se celebró contrato de concesión entre la Unidad Ejecutiva Especial de Servicios Públicos- UESP- y el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. para que se adelantara –principalmente- la recolección y transporte hasta el lugar de tratamiento o de disposición final de los residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, grandes generadores, así como, el barrido y limpieza integral de las vías, áreas y elementos del amoblamiento urbano público, y se llevara a cabo el mantenimiento, corte, limpieza y recolección de residuos en zonas verdes, peatonales y demás del Distrito Capital. Para estos efectos, se fijó plazo de duración inicial del contrato el término de 7 años contados a partir del 15 de septiembre de 2003; dicho término fue prorrogado en dos oportunidades. Las partes intentaron suscribir acta de terminación bilateral del contrato, misma que fue fallida por diferencias relacionadas con la reversión de los camiones destinados para la recolección de la basura (vehículos automotores). Por lo anterior, el 31 de mayo de 2013, la UAESAP realizó liquidación unilateral del contrato, misma que fue confirmada mediante decisión de 15 de octubre del mismo año, y, frente a la cual, el 17 de marzo de 2014, el Consorcio Aseo Capital instauró demanda arbitral. Problema jurídico: ¿Tiene competencia el juez arbitral para pronunciarse respecto de los efectos económicos de un acto administrativo que ordena la liquidación unilateral de contrato estatal?.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES - Naturaleza / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES - Carga de sustentación del recurrente: Contenido

De la carga de sustentación se desprende que el impugnante debe expresar las razones que le sirven de fundamento para acusar el laudo de incurrir en la causal o causales que alega. (...) Por supuesto que las razones que indique el recurrente deben configurar la causal que aduce y por lo tanto la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé. (...) resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Nulidad de acto administrativo: Competencia a petición de parte o de oficio / PRINCIPIO DE LEGALIDAD -

Nulidad de contrato estatal. Tribunal de arbitramento / PRINCIPIO DE HABILITACIÓN - Nulidad de contrato estatal. Tribunal de arbitramento / RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Competencia de anulación de acto administrativo

Para la Sala es claro que la competencia de los jueces arbitrales no solamente se encuentra limitada en un aspecto temporal, sino también en un aspecto material teniendo en cuenta el tipo de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, estudio y decisión. (...) No obstante lo anterior y tal como ahora expresamente lo establece el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, los jueces arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común. (...) Por otro tanto y con fundamento en el principio de legalidad al que se sujeta el arbitraje, los árbitros también ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios. De ésta forma, en ejercicio del principio de habilitación las partes a través de la cláusula arbitral tienen la potestad de habilitar a los árbitros para que éstos se pronuncien sobre la existencia y validez del contrato celebrado, de forma tal que cuando éstas convienen que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, por virtud de la ley dicha competencia se extiende a las eventuales nulidades del negocio jurídico. (...) Así las cosas, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios.

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Juicio de legalidad de los actos administrativos: Valoración normativa / RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Juicio de legalidad de los actos administrativos: Se prescinde de la valoración de los efectos económicos

El juicio de legalidad de un determinado acto administrativo implica una valoración estrictamente normativa, es decir una subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad y en cuyo ejercicio se prescinde de la valoración de los efectos económicos que se puedan generar entre las partes. Conforme lo establece el artículo 87 del C.C.A. los actos administrativos serán absolutamente nulos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las que debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) se expidan de forma irregular ó; V) con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió. Ahora, el análisis que el operador jurídico realice de cada una de las causales de nulidad de los actos administrativos implica necesariamente un ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad.

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Pronunciamiento sobre los efectos económicos de los actos administrativos / ACTO ADMINISTRATIVO - Reversión de bienes / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE REVERSIÓN DE BIENES

El análisis o estudio de los efectos económicos de un determinado acto administrativo implica el análisis, estudio, valoración y determinación de las cargas o prestaciones correlativas entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato estatal, así como también la verificación de que las sumas contenidas en éste no resulten lesivas al patrimonio público y se encuentren suficientemente respaldadas en las pruebas arrimadas para ello. (...) Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que se expide un acto administrativo por medio del cual una entidad pública ordena la liquidación unilateral de un contrato de concesión, incluyendo en el la reversión de unos bienes determinados y ante las controversias presentadas entre las partes por dicho aspecto, el Tribunal de arbitramento determina que en el referido acto administrativo no hay lugar a incluir la reversión de dichos bienes argumentando que ello iría en contra de lo estipulado por las partes en el contrato, es evidente que en ésta hipótesis los jueces arbitrales no se estarían pronunciando ni sobre la cláusula de reversión como potestad excepcional al derecho común, ni sobre la legalidad del acto administrativo, sino sobre sus efectos económicos.

PACTO ARBITRAL - Naturaleza contractual

La naturaleza jurídica del pacto arbitral es eminentemente contractual, pues por medio de éste dos o más personas acuerdan sustraer de la competencia de los jueces ordinarios la solución de las controversias que hayan surgido o que eventualmente surjan entre ellas para otorgársela a una jurisdicción especial, naturaleza que ahora se reafirma por medio del artículo 3º de la Ley 1563 de 2012.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Por la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Inexistencia: Situación de hecho / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Inexistencia: Eventos, requisitos

La inexistencia es la “situación de hecho” en la que queda un negocio jurídico que se proyectaba celebrar pero que no alcanzó a formarse por la omisión de un elemento estructural. Pero no puede entenderse que la inexistencia es la “nada absoluta”, pues de ser así resultaría “intrascendente para el ordenamiento jurídico”, lo que debe entenderse es que existe un proyecto de negocio jurídico pero en el cual se omitió algún elemento indispensable para su formación, omisión que impidió que éste pudiera estructurarse. (...) La inexistencia del negocio jurídico se produce por: I) La omisión de alguno o algunos de los elementos esenciales del negocio jurídico que se proyecta celebrar; II) Por la ausencia de objeto; III) Por la ausencia de la causa; IV) Por la ausencia del querer dispositivo; V) Por la omisión de la solemnidad requerida para el perfeccionamiento del negocio; y VI) Por la falta de entrega de la cosa sobre la cual versa el negocio, si el proyectado es real. Con todo, la inexistencia no se constituye en una sanción impuesta por el ordenamiento, pues al omitirse el elemento estructural no se contraviene ninguna norma imperativa ni se atenta contra las buenas costumbres, sólo que no se realiza lo debido para la formación del acto, es decir, no se reúnen los requisitos para que este se estructure. (...) Ahora bien, si se entiende que el objeto del negocio jurídico es el interés que es materia de la regulación con el respectivo negocio, la carencia del objeto determina la inexistencia del negocio, lo

que específicamente significa en cuanto al pacto arbitral que este sería inexistente si no se contempla el objeto o materia que quiere someterse a la decisión de los árbitros, o cuando éste no existe y se cree equivocadamente que sí. (...) También puede ocurrir que la causa, entendida ésta como la necesidad que se pretende satisfacer o la finalidad que se pretende alcanzar con la celebración del negocio, que en el caso del arbitraje se concreta en sustraer de la competencia de los jueces la solución de las controversias originadas entre las partes, no exista, caso en el cual también se originara la inexistencia del negocio jurídico.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Inexistencia: No requiere declaración judicial. Diferencia con la nulidad

A diferencia de la nulidad, la inexistencia no requiere declaración judicial, pues se configura o constituye una vez que se omite cualquiera de los elementos necesarios para su formación. Pero lo anterior no implica que el juez no pueda pronunciarse sobre la situación de hecho a la que se hace alusión, al contrario, puede hacerlo pero no para constituir la inexistencia del negocio jurídico sino para constatarla.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Inexistencia: No es susceptible de saneamiento. Insubsanable

Por último, es de resaltar que la inexistencia no es susceptible de ser saneada ni por ratificación, ni por prescripción.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Por la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Invalidez del negocio jurídico / NULIDAD DE NEGOCIO JURÍDICO

La nulidad o juicio de valor negativo, sí requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez decreta la nulidad, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo. De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura mientras que el juez no la decreta. Ahora, si bien la nulidad puede ser absoluta o relativa, tanto la una como la otra son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / NULIDAD ABSOLUTA

En anteriores Estatutos se señalaba que sólo podían someterse a la decisión de los árbitros asuntos que fueran susceptibles de transacción, sin embargo por medio del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 se extiende el panorama de materias que pueden someterse a su decisión al disponer que las controversias a solucionar pueden versar sobre “asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Por otro tanto, mediante los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 se le otorgaba expresamente a las entidades públicas la facultad para celebrar el contrato de arbitraje, (...) A su vez el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 reconoce dicha facultad al disponer que cuando intervenga una entidad estatal o quien desempeñe funciones administrativas, el laudo deberá proferirse en derecho cuando las controversias que se someten a la decisión de los árbitros surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación o liquidación de un contrato estatal, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en el ejercicio

de facultades excepcionales. Lo dispuesto en las normas referidas ya había sido desarrollado a nivel jurisprudencial, señalándose que si bien los árbitros sí tenían la facultad de pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, no podían hacerlo respecto de la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las denominadas facultades excepcionales.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / NULIDAD RELATIVA - Eventos. Origen

La nulidad relativa puede originarse por: I) La incapacidad relativa de alguna de las partes; II) La omisión en el cumplimiento de algún requisito exigido por la ley para el valor del negocio jurídico en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran y; III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo.

NULIDAD RELATIVA - Fundamentos para su solicitud / NULIDAD RELATIVA - Saneamiento. Subsanabilidad

La relativa sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o cesionarios y no puede ser declarada de oficio por el juez. [Además] (...) puede ser saneada por ratificación o por el transcurso del término de 4 años, en materia civil, o de 2 años, en materia mercantil.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Inoponibilidad

En desarrollo del principio de la relatividad de los contratos o negocios jurídicos, estos sólo producen efectos, por regla general, entre las partes que lo celebran y no respecto de terceros. (...) [Así las cosas,] la inoponibilidad, o ineficacia relativa del negocio jurídico, se reduce a que, como los efectos de los actos de disposición de intereses, por regla general, sólo tienen vocación de afectar a las partes disponentes y no a quienes no han participado en su celebración, los efectos o consecuencias de la celebración del acto dispositivo no pueden afectar a estos o, con otras palabras, les son inoponibles. De ésta forma, por regla general, el negocio jurídico tendrá una eficacia relativa puesto que afectará a las partes pero no a los terceros, es decir, será relativamente ineficaz ya que en principio no vincula a quienes no participaron en su celebración. Así, se entiende que el negocio jurídico existe, es válido y produce sus efectos frente a las partes que lo celebran pero las consecuencias del negocio no alcanzan a quienes son ajenos a dicha relación. Ahora bien, teniendo en cuenta que el pacto arbitral es un negocio jurídico, es consecuencia obligada que en principio él sólo produce efectos jurídicos frente a las partes que lo celebran y no a quienes no han sido parte en él, razón por la cual tal negocio, por regla general, es inoponible frente a estos. Corrobora lo que se viene diciendo lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012. (...) Si esos terceros no adhieren al pacto arbitral o no pueden ser citados, el Tribunal declarará la extinción de los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria. (...) No sobra reiterar que en el anterior estatuto no estaba consagrado expresamente este evento como causal de anulación del laudo arbitral.

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA DE PACTO ARBITRAL - Procedibilidad. Proceden según causales estipuladas en la ley

La cláusula compromisoria se constituye en un verdadero negocio jurídico, la nulidad absoluta o relativa de ésta únicamente se da por las causales de nulidad previstas en la ley para la nulidad de los actos y contratos.

CADUCIDAD - Noción, concepto

La caducidad de la acción se define como aquel fenómeno jurídico que implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones por haber dejado transcurrir el término que perentoriamente había sido señalado por la Ley para ejercer la correspondiente acción.

CADUCIDAD - El conteo de término está recogido en normas de orden público / CADUCIDAD - Se estructura con el transcurso del término de ley

Los términos de caducidad de las acciones son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento frente a todos sus destinatarios, son irrenunciables y no son susceptibles de ser modificados por las partes. (...) [Y] La caducidad se estructura por el sólo hecho de haber transcurrido el término previsto en la ley para ello y debe ser declarada por el juez ya sea a petición de parte o de oficio cuando aparezca que ella ha operado. Así las cosas, una vez se da el supuesto de hecho previsto por la ley para que se inicie la contabilización del término de caducidad, éste indefectiblemente empezara a correr sin que las partes puedan variarlo o modificarlo.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Por caducidad de la acción. Antes del Estatuto del Arbitraje / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Por caducidad de la acción. Estatuto de Arbitraje

Previamente a la inclusión de la causal a la que se alude, la jurisprudencia contencioso administrativa consideraba que en aquellos eventos en los que se había proferido un laudo arbitral cuando ya había operado la caducidad de la acción y el Tribunal no lo había declarado así, la nulidad de aquel debía alegarse con fundamento en la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, por haberse pronunciado el Tribunal arbitral sobre puntos no sujetos a su decisión, pues se estimaba que en estos casos al operar la caducidad de la acción el Tribunal carecía de competencia para resolver la controversia respectiva. Ahora, en vigencia de la nueva ley es claro que ésta hipótesis ya no podrá ser alegada bajo la causal 9ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, antes prevista en los numerales 8º y 9º del Decreto 1818 de 1998, pues ya la causal 2ª de la Ley 1563 de 2012 regula de forma especial esa circunstancia específica.

COMPETENCIA - Noción, concepto

La competencia es la atribución que la ley le otorga a un determinado sujeto ya sea éste un órgano público o particular para que ejerza determinadas funciones, adopte ciertas decisiones o profiera determinados actos, bajo las condiciones, reglas y procedimientos previamente fijados por ésta.

JURISDICCIÓN - Concepto, noción

Es la función pública de administrar justicia, esto es, aplicar la ley a un determinado conflicto y la competencia es la facultad que se le otorga a determinados órganos públicos o particulares para ejercer dicha función sobre ciertos asuntos o negocios determinados, es decir, ésta última es una parte de la jurisdicción.

COMPETENCIA EN MATERIA DE ARBITRAJE - Noción / PRINCIPIO DE HABILITACIÓN O VOLUNTARIEDAD / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Por falta de jurisdicción o de competencia

Al hablar de competencia en materia de arbitraje es necesario hacer referencia al principio de habilitación o voluntariedad, principio conforme al cual son las partes las que en ejercicio de la autonomía dispositiva le otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos, fijando mediante el pacto arbitral las reglas a seguir en cuanto al tipo de controversias que se someterán a la justicia arbitral, el procedimiento y la forma de designar los árbitros.

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Niega. No agotó requisito de procedibilidad. No interpuso recurso de reposición contra acto que asume competencia / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Causal 1 Falta de competencia: Cargo no está llamado a prosperar

Para la Sala es claro que en éste caso, todos los argumentos expuestos por la recurrente alrededor de la causal 1ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 en realidad se arriman a configurar la causal 2ª de ésta misma norma, esto es, la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento por haberse pronunciado sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados y como quiera que la recurrente no agotó el requisito de procedibilidad previsto para la causal 1ª, es decir haciendo valer ese motivo mediante el recurso de reposición contra el auto en que el árbitro asumió competencia, no resulta procedente analizar si se configuró o no por las razones anotadas. En ésta circunstancias, para la Sala es evidente que el cargo alegado no se encuentra llamado a prosperar pues el recurso de anulación de laudos arbitrales procede no sólo por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, sino también si se agotaron los requisitos de procedibilidad que para algunas de ellas se exigen y cuando la cadena argumentativa esbozada por los recurrentes estructuran la causal que en realidad se alega. Y como quiera que para la causal del numeral 1º se pide por la ley que se haya hecho valer el motivo que la configura, mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto que asume competencia, y esto no se hizo, pues en el recurso interpuesto no se hizo referencia alguna a la invalidez de la cláusula compromisoria, es conclusión obligada que el recurso de anulación es infundado por dicha causal.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 -ARTÍCULO 41 NUMERAL 2

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Causal 2 Carecer de Competencia: Cargo no está llamado a prosperar / ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Niega. Orden de reversión de bienes no implica pronunciarse sobre efectos económicos del acto

En segundo lugar y con una argumentación similar afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues carecía de "jurisdicción" para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados y que como mediante el laudo arbitral que ahora se impugna declaró el incumplimiento de la convocada por incluir en los actos de liquidación unilateral la reversión de los bienes utilizados para la prestación de los servicios contratados, se estaría pronunciando sobre la legalidad de éstos y sobre una cláusula excepcional. Señala que si bien el Tribunal sí ostentaba la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos impugnados, no para pronunciarse sobre la legalidad de los mismos. No podía el Tribunal declarar la nulidad de los actos administrativos

impugnados con fundamento en una causal no prevista en la Ley. Semejante argumentación impone que se declare la improcedencia de la causal de anulación que ahora se alega, pues lo que se logra evidenciar a través de la misma es la inconformidad del recurrente con la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento y que lo realmente pretendido por éste es reabrir el debate probatorio y jurídico efectuado para que de ésta forma se modifique la decisión adoptada y se profiera una favorable a sus intereses. (...) Con otras palabras, cuando el Tribunal resolvió declarar el incumplimiento de la convocada por haber incluido en la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados y en consecuencia haber declarados que los únicos bienes que podían ser objeto de reversión dentro de los actos de liquidación unilateral eran los previstos en las cláusulas Nos. 17 y 32 No. 11 del contrato de concesión, se estaba pronunciando sobre los efectos económicos de la cláusula de reversión, asunto sobre el cual sí tenía competencia. Pero además, atina el Tribunal al señalar que no puede considerarse que los actos administrativos por medio de los cuales se ordena la liquidación de un determinado contrato, son actos expedidos en ejercicio de una potestad excepcional, pues la liquidación unilateral no es de aquellas facultades de las que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993. Dichas razones resultan suficientes para declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por la causal que ahora se revisa.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 -ARTÍCULO 41 NUMERAL 2

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - Causal 9 Por decidir más allá de lo pedido o no decidir lo pedido / FALLO ULTRA PETITA / FALLO EXTRA PETITA / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Por haber recaído sobre aspectos no sujetos a decisión de los árbitros / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Por haber concedido más de lo pedido / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Por no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento

En tercer lugar afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues incurrió en un fallo extra petita al pronunciarse sobre un asunto que no estaba sometido a su decisión teniendo en cuenta que carecía de competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados; así como también en un fallo ultra petita al fundar dicha decisión en una causal de nulidad que no fue alegada por el consorcio convocante en su demanda. (...) Ahora bien, de los argumentos expuestos por la recurrente para sustentar esta causal no configura la causal que ahora aduce, sino la prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, la falta de competencia del Tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de unos actos administrativos con fundamento en una causal que no se encuentra prevista en la Ley de forma tal que mal puede venir ahora a alegar la configuración de una causal de anulación, cuando la cadena argumentativa por él esbozada no la configura.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 -ARTÍCULO 41 NUMERAL 2 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00099-00(57422)A

Actor: CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P.

Demandado: DISTRITO CAPITAL Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN (SENTENCIA)

Tema: Se declara infundado el recurso de anulación de laudo arbitral por no haberse configurado las causales 1ª, 2ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Restrictores: La solicitud de suspensión de cumplimiento del laudo arbitral y las cargas de oportunidad y motivación de la parte interesada, Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales, Competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, Juicio de legalidad de los actos administrativos y pronunciamiento sobre sus efectos económicos, La anulación del laudo arbitral por la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral, La anulación del laudo arbitral por caducidad de la acción falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal de arbitramento, La anulación del laudo por haber recaído sobre aspectos no sujetos a decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el apoderado de la **Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP-** en contra el laudo arbitral del 30 de marzo de 2016 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre éste y el **Consortio Aseo Capital S.A. E.S.P.** con ocasión del contrato de concesión No. 053 suscrito entre éstos el 15 de julio de 2003.

I. ANTECEDENTES.

1. El 15 de julio de 2003 se celebró entre la **Unidad Ejecutiva Especial de Servicios Públicos- UESP-** y el **Consortio Aseo Capital S.A. E.S.P.** el contrato de concesión No. 053, por virtud del cual éste se obligó frente aquella a la recolección y transporte hasta el lugar de tratamiento o de disposición final, de los residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores y de los

ordinarios producidos por grandes generadores; al barrido y limpieza integral de las vías, áreas y elementos del amoblamiento urbano público; la recolección y transporte de los residuos generados por dichas actividades; al corte de césped y a la recolección y transporte de los residuos generados por dicha actividad en todas las áreas verdes públicas del Distrito Capital ubicadas en separadores viales, vías de tránsito automotor, peatonales y ciclo rutas, glorietas, andenes que no estén a cargo de moradores, propietarios o administradores de predios del frente, parques públicos, zonas de protección ambiental y de espacio público, en las localidades ASE Nos. 3¹ y 4².

2. Como plazo de duración inicial del contrato se fijó el término de 7 años contados desde el 15 de septiembre de 2003.

Dicho plazo se extendió en una primera oportunidad por nueve (9) meses más contados desde el 16 de septiembre de 2010 y en una segunda oportunidad hasta el 15 de septiembre de 2011.

3. Mediante la Cláusula Cuarenta y uno (41) del contrato las partes convinieron una cláusula compromisoria en los siguientes términos a saber:

“CLÁUSULA 41. CLÁUSULA COMPROMISORIA. *Las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas o mediante los instrumentos de solución de que trata la cláusula anterior, se someterán a la decisión de un Tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros colombianos. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes, y a falta de acuerdo por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal decidirá en derecho y funcionará en el Distrito Capital.*

En las controversias de menor cuantía solo habrá un árbitro. Se entenderá por tales, aquellas cuyo monto sea igual o inferior a cuarenta (40) SMLM.

La designación, requerimiento, constitución, funcionamiento y los demás aspectos del Tribunal se regirán por las disposiciones legales vigentes sobre la materia en la fecha que el Tribunal se convoque”.

4. El 30 de abril de 2012 **Negreta Abogados & Consultores**, la firma asesora de la **Convocada UAESP** remitió ante el consorcio contratista el primer proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato para su suscripción, quién se negó a firmarla señalando que en ella no se podía incluir la reversión de los vehículos automotores utilizados para la ejecución del objeto del contrato suscrito.

¹ Localidades de ASE No. 3: Chapinero, Barrios Unidos, Teusaquillo, Santafé, Candelaria y Mártires.

² Localidades de ASE No. 4: Puente Aranda, Tunjuelito y Ciudad Bolívar.

5. El 15 de junio de 2012 y ante las diferencias presentadas en la firma del acta de liquidación bilateral del contrato de concesión, las partes suscribieron un acta en la que convinieron extender el plazo para liquidarlo de común acuerdo hasta el 31 de julio de 2012.

6. El 31 de julio de 2012 las partes convinieron prorrogar nuevamente el plazo para llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato hasta el 31 de octubre de 2012.

7. Mediante la Resolución No. 220 del 31 de mayo de 2013 la convocada **Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP-** ordenó la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 053 de 2003 incluyendo en ella la reversión de los vehículos automotores utilizados para la ejecución del objeto del contrato suscrito.

8. Contra dicha Resolución se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 553 del 15 de octubre de 2013 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

9. El 17 de marzo de 2014³ y en atención a las controversias suscitadas entre las partes con ocasión de la liquidación del contrato de concesión No. 053 suscrito entre éstas el 15 de julio de 2003 **el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.** instauró demanda arbitral, posteriormente reformada el 27 de octubre de 2014⁴ y finalmente subsanada dicha reforma el 4 de noviembre de 2014⁵, contra el **Distrito Capital- Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP-** formulando las siguientes pretensiones:

En primer, segundo y tercer lugar pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 220 del 31 de mayo, la No. 533 del 15 de octubre y la No. 532 del 15 de octubre de 2013, mediante las cuales, respectivamente, se liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 053 de 2003, se resolvió el correspondiente recurso de reposición y se resolvió la coadyuvancia presentada por

³ Folios 1 a 108 del C. Principal No. 1.

⁴ Folios 154 a 284 del C. Principal No. 2.

⁵ Folios 288 a 297 del C. Principal No. 2.

la Aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al recurso interpuesto por el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.

En cuarto lugar, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordenara el reintegro de las sumas que hubiere cancelado o que llegará a cancelar con ocasión de las referidas Resoluciones, debidamente actualizadas, más los intereses causados.

En quinto lugar, y como consecuencia de las pretensiones 1^a, 2^a y 3^a pidió que se le diera una interpretación al contrato de concesión No. 053 de 2003, de forma tal que se entendiera que los únicos bienes que debían ser objeto de entrega a título de reversión eran los referidos en las cláusulas Nos. 17 y 32 No. 11.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la quinta principal pidió que se declarara que con ocasión del contrato de concesión No. 053 de 2003, no eran objeto de reversión los vehículos automotores utilizados para la prestación de los servicios contratados; o que se declarara que ésta se limita a los bienes y la información descrita en la cláusula décimo séptima del contrato de concesión suscrito.

Como tercera pretensión subsidiaria a la quinta principal solicitó que se declarara que la reversión de los vehículos automotores y equipos afectos a la prestación del servicio público se limita a aquellos que son de propiedad de Aseo Capital S.A. E.S.P. en servicio y en el estado en el que se encontraran una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato y que en caso de no ser ello posible, al pago del valor al que se encontraban para esa misma fecha.

En sexto lugar pidió que se declarara que Aseo Capital S.A. E.S.P. cumplió con su obligación de entregar, a título de restitución y reversión, los bienes y la información respectiva.

En séptimo lugar solicitó que se declarara que durante la ejecución del contrato la contratista incurrió en sobrecostos por concepto de recolección y transporte (repique) de árboles caídos en espacio público, ruta selectiva y corte de césped en áreas con morador.

En octavo y noveno lugar solicitó que se declarara que el Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy UAESP se encuentra obligada a cancelar en

favor de Aseo Capital S.A. los sobrecostos en los que incurrió al ejecutar las referidas actividades, desde la fecha en la que se produjeron las respectivas erogaciones.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la novena principal solicitó que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de los sobrecostos por concepto de recolección y transporte (repique) de árboles caídos en espacio público, ruta selectiva y corte de césped en áreas con morador, desde la fecha en la que se presentó la demanda arbitral, o desde la fecha en la que se profiera el respectivo laudo arbitral conforme a lo que resultara probado en el proceso.

En décimo y onceavo lugar pidió que se declarara que tuvo que ejecutar actividades adicionales de corte de césped que no fueron reconocidas; y que el Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy UAESP debió reconocer y pagar los perjuicios que le fueron causados por el no reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por la ejecución de dichas actividades.

En doceavo y treceavo lugar pidió que se declarara que el Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy UAESP se encontraba obligado a cancelar una indemnización plena de los perjuicios que le fueron causados por el no reconocimiento de las sumas derivadas de la ejecución de las referidas actividades adicionales y que en consecuencia se le condene al reconocimiento y pago de éstas.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la treceava principal pidió que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de una indemnización plena de los perjuicios que le fueron ocasionados por la falta de reconocimiento y pago de la ejecución de mayores actividades de corte de césped desde la fecha en la que se presentó la demanda, o desde la fecha en la que se profiera el respectivo laudo arbitral.

En catorceavo, quinceavo, dieciseisavo y decimoséptimo lugar pidió que se declarara que el Consorcio Aseo Capital debió ejecutar actividades adicionales de recolección y transporte (repique) de árboles caídos que fueron solicitadas por la UAESP, que ésta debió reconocer y pagar las sumas por concepto de las referidas actividades adicionales, que ésta se encuentra obligada a indemnizar íntegramente los perjuicios que le fueron ocasionados por no reconocer dichas sumas y que en consecuencia sea condenada al reconocimiento y pago de una

indemnización plena de dichos perjuicios.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la pretensión decimoséptima solicitó que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de una indemnización plena de los referidos perjuicios, desde la fecha en la que se presentó la demanda o desde la fecha en la que se profiera el respectivo laudo arbitral.

En decimoctavo lugar pidió que sobre las sumas anteriores se le reconocieran los intereses moratorios causados a la tasa máxima permitida por la Ley, desde la fecha en la que se produjeron las erogaciones respectivas por parte de Aseo Capital.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la decimoctava principal solicitó que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados sobre cualquiera de las sumas anteriores a la tasa máxima permitida por la Ley, desde la fecha de presentación de la demanda arbitral o desde la fecha en la que se profiera el respectivo laudo arbitral.

En decimonoveno lugar pidió que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas anteriores a la tasa prevista en el No. 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993 desde la fecha en la que se produjeron las respectivas erogaciones por parte de Aseo Capital.

Como primera y segunda pretensión subsidiaria a la decimonovena principal solicitó que se condenara a la convocada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas anteriores a la tasa prevista en el No. 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993, desde la fecha en la que se presentó la demanda o desde la fecha en la que se profiera el respectivo laudo arbitral.

En vigésimo lugar solicitó que se condenara a la convocada al pago de las costas y agencias en derecho.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$56´415.985, por concepto de las actividades adicionales de repique de árboles; de \$119´586.238, por concepto de repique de árboles caídos en espacio público más intereses; de

\$618'882.079, por concepto de los sobrecostos causados por la recolección de material selectivo adicional y; de \$1.180'623.490, por concepto de los sobrecostos en los que incurrió por corte de césped con morador.

Estima la cuantía total del proceso en la suma total equivalente a \$4.160'723.156.

10. Designados los árbitros en reunión que tuvo lugar el 28 de abril de 2014⁶ e instalado el Tribunal de Arbitramento, la demanda se admitió por medio del auto No. 2 en la audiencia que tuvo lugar el 16 de junio de 2014⁷.

11. El Tribunal asumió su competencia por medio del auto proferido el 26 de marzo de 2015⁸ en el curso de la primera audiencia de trámite.

Se declaró competente para resolver las controversias sometidas a su decisión, sin perjuicio de lo que en el laudo arbitral proferido se resolviera sobre la excepción de falta de competencia propuesta por la convocada

Contra dicha providencia la parte convocada instauró el recurso de reposición alegando que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados, pues éstos implicaban el ejercicio de una potestad excepcional de la administración⁹.

12. La Unidad Administrativa de Servicios Públicos- UAESP- contestó la demanda por medio de escrito del 10 de septiembre de 2014¹⁰ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó la existencia de algunos hechos, negó la existencia de otros y frente a otros señaló que no le constaban; objetó el juramento estimatorio en lo relativo a las sumas solicitadas por concepto de los perjuicios derivados de la ruta de recolección selectiva adicional, aportó y solicitó la práctica de algunas pruebas.

12.1. A su vez, Bogotá Distrito Capital contestó la demanda por medio de escrito del 11 de septiembre de 2014¹¹ en el que se pronunció sobre los hechos, se refirió a su legitimación como parte en el proceso, a su régimen y naturaleza jurídica, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso como

⁶ Folio 293 del C. Principal No. 1.

⁷ Folios 404 del C. Principal No. 1.

⁸ Folios 506 a 537 del C. Principal No. 2.

⁹ Folios 523 a 524 del C. Principal No. 2.

¹⁰ Folios 1 a 122 del C. Principal No. 2.

¹¹ Folios 123 a 130 del C. Principal No. 2.

excepciones las que denominó *“La reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio es una obligación inherente al contrato de concesión No. 53 de 2003”*; y *“La concesión otorgada al Consorcio Aseo Capital S.A., ESP., amortizaba la inversión en vehículos con recursos provenientes de la tarifa”*.

12.2. Admitida que fue la reforma a la demanda¹², la UAESP le dio respuesta por medio de escrito del 28 de noviembre de 2014¹³, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se pronunció nuevamente sobre los hechos y se opuso nuevamente a las sumas reclamadas por concepto de la ruta de recolección selectiva adicional, aportó y solicitó pruebas.

Propuso como excepciones las que denominó *“falta de competencia de la justicia arbitral para abordar la presente controversia”*; *“falta de legitimación en la causa por pasiva para demandar la nulidad de la Resolución No. 532 de 2013, que resolvió la “coadyuvancia” que presentó Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al recurso de reposición presentado por Aseo Capital S.A.”*; *“Legalidad de los actos administrativos demandados”*; *“La reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio es una obligación inherente al contrato de concesión No. 53 de 2003”*; *“La concesión otorgada a Aseo Capital amortizaba la inversión en vehículos con recursos provenientes de la tarifa”*; *“Existencia de actividades pendientes por cumplir en los términos de la cláusula 17 del contrato de concesión No. 53 de 2003”*; *“Ausencia del derecho a obtener reconocimiento económico adicional al previsto en el contrato de concesión por la ruta de recolección selectiva”*; *“Ausencia del derecho a obtener reconocimiento económico adicional al previsto en el contrato de concesión por corte de césped en andenes con morador”*; *“inexistencia del derecho del concesionario a obtener el reconocimiento de valores adicionales por la recolección de árboles caídos”*; *“Ausencia del derecho a percibir intereses moratorios o cualquier otra suma accesoria por los supuestos sobrecostos en que incurrió el concesionario”*; y la de Compensación.

13. El 27 de febrero de 2015¹⁴ se celebró entre las partes la audiencia de conciliación prevista en la ley, la cual se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio entre las partes y se ordenó continuar con el trámite del proceso.

¹² Folios 296 y 297 del C. Principal No. 2.

¹³ Folios 298 a 432 del C. Principal No. 2.

¹⁴ Folios 478 a 476 del C. Principal No. 2.

14. El Tribunal de Arbitramento que se convocó para el efecto profirió el correspondiente laudo el 30 de marzo de 2016¹⁵ en el que declaró como no probada la excepción que la UAESP denominó *“falta de competencia de la justicia arbitral para abordar la presente controversia”*.

Declaró como probada la que se denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva para demandar la nulidad de la Resolución No. 532 de 2013, que resolvió la “coadyuvancia” que presentó Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al recurso de reposición presentado por Aseo Capital S.A.”* y en consecuencia se inhibió para pronunciarse sobre la pretensión 3ª principal.

Declaró de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa del Distrito Capital de Bogotá y; como no prosperas las excepciones que la UAESP denominó *“Legalidad de los actos administrativos demandados”; “La reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio es una obligación inherente al contrato de concesión No. 53 de 2003”; “La concesión otorgada a Aseo Capital amortizaba la inversión en vehículos con recursos provenientes de la tarifa”; “Existencia de actividades pendientes por cumplir en los términos de la cláusula 17 del contrato de concesión No. 53 de 2003”*.

De otra parte, declaró como prósperas las excepciones que la convocada denominó *“Ausencia del derecho a obtener reconocimiento económico adicional al previsto en el contrato de concesión por la ruta de recolección selectiva”; “Ausencia del derecho a obtener reconocimiento económico adicional al previsto en el contrato de concesión por corte de césped en andenes con morador”; “inexistencia del derecho del concesionario a obtener el reconocimiento de valores adicionales por la recolección de árboles caídos”; “Ausencia del derecho a percibir intereses moratorios o cualquier otra suma accesorias por los supuestos sobrecostos en que incurrió el concesionario”*.

En consecuencia, accede a la pretensión quinta principal de la demanda al declarar que con ocasión del contrato de concesión No. 053 de 2003 celebrado entre las partes los únicos bienes que debían ser objeto de entrega por parte de Aseo Capital a título de reversión eran los referidos en las cláusulas Nos. 17 y 32 No. 11; y negó los restantes pedimentos de la demanda arbitral.

¹⁵ Folios 4 a 165 del C. Principal.

15. Frente al laudo en mención el **Consortio Aseo Capital S.A.** presentó la solicitud de aclaración y/o complementación del laudo arbitral¹⁶, las cuales se resolvieron por medio del auto proferido en la audiencia que tuvo lugar el 11 de abril de 2016¹⁷ donde el Tribunal resolvió no acceder a ninguna de ellas con base en los siguientes argumentos:

Dice que contrario a lo que afirma el consorcio convocante, en el laudo no se omitió el análisis de los argumentos que debían ser objeto de pronunciamiento.

Afirma que el Tribunal de arbitramento había sido claro al señalar que su competencia no se extendía a realizar un juicio de validez sobre los actos administrativos demandados respecto de causales que trascendían el interés de las partes para hacer parte del orden público, sino que se limitaría a pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos impugnados y a determinar si éstos se ajustaban o no a las estipulaciones contractuales.

Luego de transcribir algunos de los apartes del laudo arbitral señaló que en el presente asunto no se había configurado la alegada omisión por parte del Tribunal de Arbitramento al no pronunciarse sobre los cargos de nulidad relacionados con la formación de los actos administrativos impugnados, sino que éste no ostentaba la competencia para ello.

Concluye precisando que la decisión de nulidad por “falsa motivación”, se adoptó al analizar el contenido de los actos administrativos impugnados respecto de lo convenido en el contrato por las partes.

Con base en las anteriores consideraciones resuelve no acceder a las solicitudes de adición y/o complementación presentadas por el consorcio convocante.

16. El 23 de mayo de 2016¹⁸ la convocada **Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP-** instauró el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 30 de marzo de 2016 invocando las causales previstas en los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

17. En el mismo escrito del recurso de anulación interpuesto la convocada solicitó la suspensión de los efectos del laudo arbitral del 30 de marzo de 2016 en los siguientes términos a saber:

¹⁶ Folios 172 a 176 del C. Principal.

¹⁷ Folios 178 a 185 del C. Principal.

¹⁸ Folios 192 a 212 del C. Principal.

“Solicito de manera respetuosa que el presente recurso extraordinario se conceda en el efecto suspensivo en los términos del inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012. La anterior petición se fundamenta por ser la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP una Entidad Pública de naturaleza técnica definida en el artículo 116 del Decreto Distrital No. 257 de 2006 del Concejo de Bogotá, satisfecha la exigencia normativa del estatuto arbitral para que se confiera el efecto solicitado al presente recurso extraordinario”.

18. Por medio de escrito del 15 de junio de 2016¹⁹ el convocante **Consortio Aseo Capital S.A. E.S.P.** se opuso a la procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto.

19. El 22 de junio de 2016²⁰ la Secretaría del Tribunal de Arbitramento remitió el expediente a esta Corporación, contentivo de 4 cuadernos principales y 22 cuadernos de pruebas para efectos de que se le diera trámite al recurso interpuesto.

20. Mediante el auto del 19 de septiembre de 2016²¹ ésta Corporación resolvió avocar el conocimiento del recurso de anulación interpuesto.

II. EL RECURSO DE ANULACION.

El recurrente pide que se anule el laudo arbitral proferido el 30 de marzo de 2016 con fundamento en las siguientes causales y razones:

1) La causal 1ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, esto es, *“La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”.*

Inicia su argumentación el recurrente señalando que el alcance que se le dio a la cláusula compromisoria en el sentido de entender que el Tribunal de arbitramento podía ejercer un control de legalidad sobre los actos administrativos impugnados, genera su invalidez *“absoluta”*, pues éste era un asunto de orden público, razón por la cual debía declararse la nulidad parcial del numeral primero y la nulidad del numeral noveno de la parte resolutive del laudo.

¹⁹ Folios 219 a 233 del C. Principal.

²⁰ Folios 234 y 235 del C. Principal.

²¹ Folios 238 a 247 del C. Principal.

Resalta que dio cumplimiento al requisito de procedibilidad de la causal previsto en el inciso 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia proferido el 26 de marzo de 2015 alegando que el Tribunal de arbitramento no podía pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados.

Incurre en un error de comprensión el Tribunal al señalar que para determinar el alcance de la cláusula compromisoria únicamente se deben considerar dos límites a su competencia, esto es, que no se trate de un acto administrativo expedido en ejercicio de una de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y; que no se trate de las causales de nulidad del acto administrativo de que trata el artículo 137 del CPACA al ser estos aspectos que trascienden al interés de las partes.

Trae a cuento la sentencia C-1436 de 2000 relativa a la naturaleza de los actos administrativos y su control por parte de la justicia arbitral, para luego señalar que la interpretación sobre la competencia de los árbitros era de carácter restrictivo y que teniendo en cuenta que la administración al proferir actos administrativos debía actuar con sujeción al orden público, el examen de legalidad de los mismos era de competencia exclusiva de los jueces contencioso administrativos.

Dice que si bien los árbitros pueden asumir el conocimiento de asuntos que son transigibles y de libre disposición de las partes, no pueden hacerlo sobre asuntos que trascienden a la voluntad de éstas, tales como asuntos relacionados con el ejercicio de las potestades excepcionales que se materializan en la expedición de actos administrativos unilaterales.

Así, señala que los actos administrativos unilaterales no pueden ser revisados por la justicia arbitral, pues al ser actos que no son objeto de acuerdo entre las partes el contenido de éstos tampoco es de carácter transigible, para lo cual trae a cuento la sentencia SU- 174 de 2007.

A su vez, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 el Tribunal de arbitramento no era competente para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato de concesión No. 053, más si sobre sus consecuencias económicas.

Hace referencia a dos laudos arbitrales proferidos el 10 de junio de 2009, radicado bajo el No. 36.252 y el 20 de abril de 2014, radicado bajo el No. 41.046 por la

Sección Tercera de ésta Corporación, para luego concluir que existían límites objetivos a la competencia de los árbitros que se concretaban en que éstos no podían asumir el conocimiento de asuntos relacionados con actos administrativos expedidos en el ejercicio de potestades excepcionales, de actos administrativos de carácter de orden público que trascendiera al interés de las partes y; todos aquellos actos que no tuvieran su origen en la celebración de un respectivo contrato estatal.

Afirma que teniendo en cuenta que el Capítulo octavo y el punto 8.1 de la de los actos administrativos impugnados hacían referencia a la reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio público contratado y que por medio de éstos se declaraba el incumplimiento contractual, dichos actos sí habían sido expedidos en ejercicio de una potestad excepcional de la administración, razón por la cual éste carecía de competencia para pronunciarse sobre el mismo.

Manifiesta que el Tribunal de arbitramento incurrió en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones al crear una nueva causal de nulidad de los actos administrativos que denominó “contravención a las estipulaciones contractuales”.

La competencia de los árbitros deriva de la voluntad de las partes y éstas sólo pueden someter a su decisión asuntos que sean de carácter transigible, razón por la cual la legalidad de los actos administrativos no es un asunto que pueden someter a la decisión de la justicia arbitral a través de un contrato, pues es un asunto de orden público que va más allá de la voluntad de las partes.

Concluye señalando que mediante la cláusula compromisoria pactada entre las partes no se le podía otorgar competencia a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones Nos. 220 y 553 de 2013 y en consecuencia solicita que se declare la nulidad parcial del numeral primero y la nulidad del numeral noveno de la parte resolutive del laudo.

2) La causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”.

Con una argumentación similar a la expuesta respecto de la causal antes referida afirma que el Tribunal de arbitramento carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados, siendo ésta una competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, razón por la cual considera que debe declararse la nulidad parcial del numeral primero y la nulidad del numeral noveno de la parte resolutive del laudo.

Reitera que incurrió en una equivocación el Tribunal al considerar que para determinar el alcance de la cláusula compromisoria únicamente se deben considerar dos límites a su competencia, esto es, que no se trate de un acto administrativo expedido en ejercicio de una de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y; que no se trate de las causales de nulidad del acto administrativo de que trata el artículo 137 del CPACA al ser estos aspectos que trascienden al interés de las partes.

El Tribunal no tuvo en cuenta que por medio de la Resolución No. 220 de 2013 la convocada declaró el incumplimiento de Aseo Capital S.A. E.S.P. por no revertir los bienes respectivos, lo que en últimas implicaba el ejercicio de una potestad excepcional.

Afirma que la falta de jurisdicción del Tribunal de arbitramento resulta evidente, paladina y mayúscula, pues se trataba de un asunto que al no ser de libre disposición por las partes se encontraba prohibido por la ley a la competencia de la justicia arbitral.

Señala que era sobre las pretensiones de nulidad sobre las cuales el Tribunal de arbitramento debía declarar su falta de jurisdicción.

Reitera los argumentos expuestos para sustentar la causal antes referida para luego concluir que los árbitros carecían de jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados y que por tal razón debía declararse la nulidad parcial del No. 1º y la nulidad del No. 9º de la parte resolutive del laudo arbitral.

3) La causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

Dice que el Tribunal de arbitramento incurrió en un fallo *extra petita* al pronunciarse sobre un asunto que no estaba sometido a su decisión teniendo en cuenta que carecía de competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados; así como también en un fallo *ultra petita* al fundar dicha decisión en una causal de nulidad que no fue alegada por el consorcio convocante en su demanda.

Para asumir el conocimiento del presente asunto el Tribunal parte de la base equivocada de considerar que los actos administrativos impugnados son de

liquidación unilateral del contrato de concesión celebrado, cuando éstos son actos expedidos en ejercicio de la potestad excepcional de reversión en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Afirma que lo que resulta realmente reprochable es que el Tribunal se haya pronunciado respecto de la legalidad de los actos administrativos demandados, más no sobre los efectos económicos de éstos.

Señala que el Tribunal de arbitramento no podía declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en una causal que no había sido alegada por el consorcio convocante en su demanda, tanto era así que cuando solicitó la adición y/o complementación del laudo arbitral pidió al Tribunal que se pronunciara respecto de las causales de nulidad de los actos administrativos previstos en la Ley.

Reitera que el Tribunal de arbitramento se excedió en el ejercicio de sus competencias al declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en una causal que denominó "*Contravención a las estipulaciones contractuales*".

Reitera los argumentos expuestos para sustentar las causales antes referidas para luego concluir que debía declararse la nulidad parcial del No. 1º y la nulidad del No. 9º de la parte resolutive del laudo arbitral teniendo en cuenta que en éste el Tribunal de arbitramento se pronunció sobre aspectos que no debía pronunciarse y por declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas con fundamento en una causal de nulidad que no se alegó en la demanda.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar el recurso de anulación interpuesto previas las siguientes.

IV. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el recurrente, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) la solicitud de suspensión de cumplimiento del laudo arbitral y las cargas de oportunidad y motivación de la parte interesada; 2) Naturaleza del recurso de anulación de laudos arbitrales; 3) Competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos; 3.1) Juicio de legalidad sobre los actos administrativos; 3.2) pronunciamiento sobre sus efectos económicos; 4) La anulación del laudo arbitral por la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral; 5) La anulación del laudo arbitral por la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal de Arbitramento; 6) La anulación del laudo por haber recaído sobre aspectos no sujetos a decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento; 7) La solución del caso concreto.

1.- La solicitud de suspensión de cumplimiento del laudo arbitral y las cargas de oportunidad y motivación de la parte interesada.

Por medio de escrito del 23 de mayo de 2016 la convocada solicitó la suspensión de los efectos del laudo arbitral del 30 de marzo de 2016 en los siguientes términos a saber:

“Solicito de manera respetuosa que el presente recurso extraordinario se conceda en el efecto suspensivo en los términos del inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012. La anterior petición se fundamenta por ser la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP una Entidad Pública de naturaleza técnica definida en el artículo 116 del Decreto Distrital No. 257 de 2006 del Concejo de Bogotá, satisfecha la exigencia normativa del estatuto arbitral para que se confiera el efecto solicitado al presente recurso extraordinario”.

Sobre el particular ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto:

“1.3.- Enseña el inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012: “La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión”. De los elementos semánticos y sintácticos que integran el precepto legal reproducido se desprenden los siguientes referentes normativos: i) se afirma como premisa inicial el cumplimiento del laudo dictado por el tribunal de arbitramento, sin que ello se vea afectado por la proposición del recurso de anulación, ii) se propone una regla de excepción aplicable respecto de

un sujeto determinado: la entidad pública condenada, quien deviene facultada para solicitar la suspensión del laudo.

1.4.- Entiende la Sala, por otro tanto, la razonabilidad de la regla fijada por el legislador pues, de una parte, honrando la independencia de las autoridades judiciales (como también de las instancias arbitrales) refrendó el respeto y cumplimiento de los laudos y, por otro lado, excepcionó esta regla en favor de las entidades públicas condenadas, en una inobjetable ponderación que favoreció la protección al patrimonio público, concediéndole la facultad a estos entes de solicitar la suspensión del fallo arbitral.

1.5.- No obstante, lo anterior, advierte la Sala la existencia de vacíos en la regulación procedimental que convocan, inexorablemente, a una integración normativa en aras de responder a cuestiones medulares para la aproximación y procedencia de la suspensión del cumplimiento de los laudos arbitrales: las cuestiones relativas a la oportunidad y las cargas procesales que deben ser satisfechas por la parte interesada en esta medida.

1.6.- La oportunidad de la petición de suspensión. *Sabido es por todos que los procesos judiciales se presentan como escenarios donde el discurso y la discusión jurídica se encuentran limitados por términos u oportunidades perentorias para el ejercicio de cargas procesales o prerrogativas que concede la ley procesal, por ende, imaginar potestades absolutas e ilimitadas para alguna de las partes resulta, cuanto menos, excepcional y exótico en los procesos judiciales, lo que se contrae a aquellos casos donde el legislador expresamente prevé tal amplitud para actuar.*

1.6.1.- Y es que este punto resulta medular máxime cuando se toma en cuenta que la Ley 1563 de 2012, en un notable esfuerzo por imprimir mayor celeridad procesal al trámite del recurso de anulación de laudos, concentró la tramitación de este medio de impugnación en sede del Tribunal de Arbitramento, limitando la intervención del juez que desata el recurso a dos pronunciamientos concretos: dictar el proveído admisorio del recurso y fallo el pleito, sin conceder en el interregno que va de uno al otro términos a las partes o intervinientes para realizar actuaciones procesales, pues a la ejecutoria del auto admisorio el expediente pasa al Despacho para fallo. Como se verá seguidamente todas las actuaciones quedaron previstas para ser agotadas ante el juez arbitral. La siguiente gráfica comparativa, plasmada en el Auto de 6 de junio de 2013 del Pleno de Sección Tercera²², ilustra la modificación legislativa que se viene de comentar:

	Decreto 1818 de 1998²³	Ley 1563 de 2012²⁴
Término para interponer el recurso	Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo arbitral o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.	Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo arbitral o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.
Sustentación	Deberá sustentarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto mediante el cual el Tribunal Superior o el Consejo de Estado, avoque conocimiento.	Deberá sustentarse dentro del mismo término que se tiene para su interposición.
Traslados	Con el auto en el que el Tribunal	Vencido el término para interponer y

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Auto de 6 de junio de 2013, Exp. 45922.

²³ Decreto 1818 de 1998. Artículos 161 a 165.

²⁴ Ley 1563 de 2012. Artículos 38 a 43.

para surtir contradicción	Superior o Consejo de Estado avoque conocimiento se correrá traslado para alegar a la parte contraria por cinco (5) días.	sustentar el recurso la Secretaría del Tribunal de Arbitramento correrá traslado a la otra parte por quince (15) días.
Causales formales de rechazo del recurso	Cuando el recurso se interpone de manera extemporánea y cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en la ley.	Cuando el recurso se interpone de manera extemporánea, este no fue sustentado o las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en la ley.
Declaratoria de deserción del recurso	Si luego de surtido el traslado de cinco (5) días concedido por el respectivo Juez el recurrente no sustenta el recurso.	La Ley sólo consagró causales de rechazo del recurso.
Actuación del Tribunal Superior o Consejo de Estado	Luego de avocarse conocimiento del recurso de anulación se correrá traslado para sustentar el recurso, para el actor, y alegar, para la otra parte. Vencido el traslado y si se sustentó el recurso el expediente pasará al despacho para fallo.	Luego de admitido el recurso el expediente pasará al despacho para proyectar fallo que resuelva el recurso.

1.6.2.- Precisado como quedó el trámite procedimental del recurso de anulación en uno y otro estatuto, la Sala aborda la primera de las cuestiones arriba anunciadas: la oportunidad.

1.6.2.- Siendo que a la luz del nuevo esquema procedimental, de la Ley 1563 de 2012, las partes sólo les asiste la posibilidad de intervenir en dos momentos procesales bien delimitados: i) como impugnante, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo o de aquel que resulta sus aclaraciones, correcciones o adiciones o ii) como parte respecto de la cual se surte el traslado para contradicción del recurso de anulación, lo que ocurre en el término de quince (15) días que siguen al vencimiento de los primeros treinta (30) otorgados para la proposición del recurso, esta Sala encuentra que sólo dentro de cada una de estas oportunidades es que la entidad pública puede ejercer la solicitud de suspensión del cumplimiento de la condena prevista en el laudo arbitral, siendo esta de treinta (30) días si el ente público obra como recurrente o de quince (15) días en caso de ser sujeto no impugnante. Por fuera de estos momentos habrá lugar a predicar la extemporaneidad de la petición, pues la ley no ha dispensado otras oportunidades para intervenir en el recurso de anulación.

1.6.3.- Lo anterior es así, se reitera, por cuanto entiende la Sala que la pretensión del legislador fue la de imprimir celeridad a este trámite liberando al juez del recurso de anulación de la concesión de oportunidades o términos para los intervinientes para que se ocupe únicamente de admitir la censura y proveer el fallo que desate el (o los) recurso (s) de anulación intentado.

1.7.- La carga de motivación en la solicitud de suspensión. *El proceso judicial, en tanto escenario institucionalizado²⁵ donde tiene lugar el discurso jurídico,*

²⁵ “Hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas. Se pueden distinguir así las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (...), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos.

Las diferencias entre estas formas de discusión, que pueden a su vez dividirse en muchas subcategorías, son de muy diverso tipo. Algunas, como los debates ante los tribunales y las deliberaciones judiciales, están institucionalizadas.

impone a quienes toman parte en él (partes, terceros intervinientes y autoridad judicial) el deber de corresponderse con los estándares propios de los hablantes en un contexto del discurso práctico – general. Es decir, en cada una de las etapas del proceso (conformación del contradictorio, instrucción y alegación) tiene lugar una práctica discursiva y argumentativa donde las partes pretenden demostrar que sus afirmaciones y actuaciones se encuentran racional y razonablemente fundamentadas, conforme a las reglas del discurso.

1.7.1.- Así, importa resaltar que dentro de las reglas fundamentales²⁶ que tienen lugar en el discurso jurídico se encuentran la prohibición de contradicción de los hablantes, el deber de sinceridad cuando se afirma algo (un hablante solo puede afirmar lo que cree), la coherencia en el discurso de los hablantes (aplicar misma consecuencia a un objeto igual en sus aspectos relevantes) y la comunidad de uso del lenguaje (que los distintos hablantes usen la misma expresión con el mismo significado). Tales reglas ostentan la condición de fundamentales por cuanto son “condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección”²⁷.

1.7.2.- En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido, permitido u ordenado²⁸ pero a luz del sistema jurídico vigente²⁹, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada³⁰, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica³¹; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”³².

1.7.3.- Adicionalmente, existen ciertos deberes que permiten que el proceso pueda llegar a un buen término y cumplir con los fines convencionales y constitucionales previstos. Como el proceso no se contrae a una mera discusión de intereses

En otras, como en la discusión de cuestiones jurídicas entre abogados, no es éste el caso.” ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 205.

²⁶ Alexy distingue entre reglas fundamentales, reglas de razón, reglas sobre la carga de la argumentación, reglas de fundamentación y reglas de transición. Cfr. ALEXY, Robert. *Ibíd.*, p. 184-201.

²⁷ ALEXY, Robert. *Ibíd.*, p. 185.

²⁸ Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12.

²⁹ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. *Ibíd.*, p. 207

³⁰ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.”. TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

³¹ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *En: Revista Doxa*, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

³² ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. *Ibíd.* p. 208.

privados, sino que el Estado y la comunidad en general tienen interés en que las disputas jurídicas se resuelvan conforme a los cauces que el derecho prescribe, se sigue de allí la lógica incorporación de criterios de moralización del actuar de las partes involucradas³³.

1.7.4.- Es por ello que se afirma como lugar común que existen deberes de colaboración entre las partes para la consecución de la prueba judicial, las cargas procesales que tiene cada uno de dar cumplimiento a cierto acto en aras de continuar la actividad judicial, la prohibición a las partes de realizar actos que perturben el proceso, la prohibición del fraude, entre otros más.

1.7.5.- Todos estos deberes, cargas y prohibiciones encuentran un sustento razonable en la idea de proteger la normal marcha del proceso judicial y además en la misma filosofía que emana del debido proceso y las garantías judiciales; es decir, a la vez que las partes gozan de ciertos derechos ante la administración de justicia, ésta misma circunstancia los ubica como sujetos de deberes para con el proceso y con las demás partes.

1.7.6.- Con otras palabras, dado que no se predicen derechos absolutos, la autoridad normativa puede imponer allí la satisfacción de ciertas cargas o prestaciones a quienes acuden ante la judicatura con el objeto de evitar comportamientos desviados o abusivos.

1.7.7.- Así, el derecho que tienen las partes para actuar y elaborar sus respectivas estrategias defensivas, en procura de satisfacer sus intereses, en el proceso judicial encuentra necesaria restricción, por cuanto deben ajustarse a un estándar objetivo de conducta leal (o de lealtad procesal). Tal cosa se hace evidente con los conceptos de abuso del derecho y la teoría de los actos propios como figuras estas que hunden sus raíces en el principio de la buena fe y que, como no puede ser de otra manera, hacen necesaria presencia en el proceso judicial.

1.7.8.- A tal conclusión sólo se puede arribar cuando se toma en consideración que el acceso a la administración de justicia y su ejercicio se encuentra configurado a partir de un doble nivel normativo de principios y valores, por una parte, y de reglas, por la otra, donde lo que importa, decididamente, es verificar en cada caso que los actos de la parte se encuentren en consonancia con la teleología que inspira el principio que fundamenta la regla concreta de permisión, acción u omisión.

1.7.9.- Tales consideraciones precedentes tienen importancia cardinal en este asunto por cuanto llama a integrar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 con las cargas básicas de la argumentación jurídica y la buena fe procesal para extraer de allí el deber que les asiste a las entidades públicas solicitantes de una carga de motivación mínima en la que exponga las razones por las cuales funda su petición.

1.7.10.- Ello es así, además, si se toman en cuenta otros dos argumentos adicionales: el primero que dice relación con el respeto y acatamiento que deben profesar las autoridades administrativas a las decisiones judiciales, en este caso arbitrales, como presupuesto básico de respeto hacia la independencia judicial y la

³³ “Puesto que ya el proceso civil no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, que el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, debe considerarse como un principio fundamental del procedimiento el de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Aguilar, 1966, p. 64.

otra razón dice que si el querer del legislador hubiera sido la de conceder una suspensión del laudo ipso iure hubiere redactado el precepto legal en términos similares a otras disposiciones recién promulgadas en la legislación procesal que no conceden margen de intervención al juez, como, por ejemplo, lo pregona el artículo 611 del Código General del Proceso al referirse a la suspensión del proceso por la intervención de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado donde, inter alia, se lee: “Los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, se suspenderán por el término de treinta (30) días cuando la Agencia Nacional de Defensa del Estado manifieste su intención de intervenir en el proceso, mediante escrito presentado ante el juez de conocimiento. **La suspensión tendrá efectos automáticos para todas las partes desde el momento en que se radique el respectivo escrito (...)**” (Resaltado propio).

1.7.11.- Por consiguiente, como es verdad irrefutable que en el proceso judicial partes e intervinientes deben seguir un estándar objetivo de moralidad impuesta por la buena fe procesal, como también lo es que el proceso implica un escenario de discusión y deliberación de argumentos de estirpe jurídica, considerando que la garantía de independencia judicial pasa, entre otros elementos, por el respeto hacia las decisiones judiciales y, finalmente, tomando nota de la textura abierta de la redacción de la norma legal pluricitada, la Sala llega a la conclusión que es exigible a la entidad pública condenada el deber de satisfacer una carga mínima de motivación de su petición suspensoria del cumplimiento del laudo arbitral impugnado pues como no se trata de una suspensión que opere ipso iure, es claro que la misma sólo entrará a operar desde la notificación del auto que así lo admita, decisión que sólo puede ser dictada por el Juez con el acopio de argumentos jurídicos del caso concreto que le exponga la parte interesada en la suspensión del laudo.

1.8.- Conclusión. Corolario de lo expuesto, esta Sala de Subsección interpreta el alcance del inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 de manera armónica con los principios y valores convencionales y constitucionales que campean en la actuación judicial y fruto de tal interpretación conforme al ordenamiento superior, considera que la petición de suspensión de cumplimiento del laudo arbitral debe satisfacer dos presupuestos para su admisión por parte del Juez que conozca del recurso de anulación: **i) Oportunidad.** Una interpretación e integración del procedimiento dispuesto por la Ley 1563 de 2012 para el trámite del recurso de anulación lleva concluir que el momento procesal adecuado para solicitar la suspensión del laudo es en los treinta (30) días que se tienen para proponer el recurso de anulación o en los quince (15) de traslado de la impugnación, según la conducta procesal asumida por la entidad pública en cada caso y **ii) Carga argumentativa.** Una reflexión similar sobre la buena fe procesal, el respeto hacia las decisiones judiciales, la naturaleza discusiva de los procesos judiciales y la propia manera en que se ha redactado la norma legal llevan a la Sala a sostener que es exigible a la entidad demandada la satisfacción de una carga argumentativa mínima donde se expongan las razones jurídicas en que se funda la solicitud de suspensión³⁴.

Ahora, si bien en el presente asunto la solicitante cumplió con el requisito de oportunidad, pues presentó su solicitud de suspensión en el mismo escrito por el cual sustentó el recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto; sin embargo

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Laudo arbitral proferido el 21 de julio de 2016, Expediente: 55.477, Matepotrancas y Daniel Fernando Reyes Reyes vs Instituto Financiero de Casanare.

no cumplió con el requisito de la carga argumentativa mínima exigida para la procedencia de dicha solicitud, pues no expuso las razones jurídicas, ni fácticas en las cuales fundó su petición, sino que limitó su argumentación a hacer referencia al artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 y a referirse a la naturaleza jurídica de la UAESP, motivación que a juicio de la Sala resulta insuficiente para acceder a la solicitud de suspensión en la ejecución del laudo arbitral.

Por las razones expuestas encuentra la Sala que la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo arbitral no se encuentra llamada a prosperar.

2. La Naturaleza del Recurso de anulación de laudos arbitrales.

Ya en anteriores oportunidades³⁵ se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o *in procedendo*, más no de juzgamiento o *in iudicando* y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley.

Así, se torna a todas luces improcedente que en sede de anulación el Juez contencioso Administrativo aborde nuevamente el estudio y análisis del asunto de fondo, reviva el debate probatorio efectuado en el curso del trámite arbitral, o cuestione los razonamientos jurídicos o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral para adoptar su decisión.

Ahora bien, según lo establecía el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 las causales de anulación del laudo arbitral eran las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modificaran, derogaran o sustituyeran.

A su vez, el Decreto 1818 de 1998 compiló las normas existentes sobre arbitramento, entre ellas las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, razón por la cual finalmente las causales de nulidad de los laudos arbitrales que se relacionen

³⁵ Entre ellas las siguientes: Sentencia de mayo 15 de 1992 (Expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (Expediente 7809); Sentencia de junio 16 de 1994 (Expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (Expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (Expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (Expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (Expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (Expediente 22.012); Sentencia de agosto 1° de 2002 (Expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (Expediente.25560); Sentencia de abril 28 de 2005 (Expediente 25811); Sentencia de junio 8 de 2006 (Expediente 32398); Sentencia de diciembre 4 de 2006 (Expediente 32871); Sentencia de marzo 26 de 2008 (Expediente 34071); Sentencia de mayo 21 de 2008 (Expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (Expediente 34525).

con los contratos estatales vinieron a ser las consagradas en el artículo 163 del Decreto primeramente citado.

Ahora, con la expedición de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 "*Por medio de la cual se Expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*" los recursos de anulación de laudo arbitral cuyo proceso se hubiere iniciado con posterioridad a su vigencia se regirán por dicho estatuto, razón por la cual las causales de anulación de laudo ahora se encuentran incorporadas en su artículo 41.

Teniendo en cuenta que por medio del artículo 119 del Estatuto al que se alude se precisó que éste empezaría a regir 3 meses después de su promulgación, esto es, desde el 12 de octubre de 2012 y que el proceso que dio lugar al presente litigio se inició el 17 de marzo de 2014³⁶, es evidente que al presente asunto le son aplicables las normas previstas en dicho Estatuto.

2.1. Tal como se manifestó en líneas anteriores el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación de laudo arbitral conduce a una limitación en la competencia del juez del recurso, de forma tal que en sede de anulación éste no puede suponer lo manifestado por el recurrente para tratar de establecer la causal que invoca.³⁷

Así las cosas, la impugnación del laudo por la vía del recurso de anulación supone que se cimiente en las causales previstas en la ley pero además que se sustente clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre compelido a realizar un esfuerzo adicional para tratar de deducir la causal que se aduce.

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

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

Conjugando todo lo que se acaba de expresar resulta que la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o

³⁶ Folios 1 a 108 del C. Principal No. 1.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,

de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador.

3. Competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Ya en anteriores oportunidades se ha señalado que los particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión.

Así lo precisó no sólo la Corte Constitucional en sentencia C- 1436 de 2000³⁸ sino también la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de abril de 2013, expediente: 17859, en la que expuso lo siguiente:

“(...) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009³⁹, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000⁴⁰, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la

³⁸“(…) cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁹ Expediente 36252.

⁴⁰ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

*sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna*⁴¹.

Así las cosas, para la Sala es claro que la competencia de los jueces arbitrales no solamente se encuentra limitada en un aspecto temporal, sino también en un aspecto material teniendo en cuenta el tipo de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, estudio y decisión.

No obstante lo anterior y tal como ahora expresamente lo establece el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012⁴², los jueces arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común.

Por otro tanto y con fundamento en el principio de legalidad al que se sujeta el arbitraje, los árbitros también ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios⁴³.

De ésta forma, en ejercicio del principio de habilitación las partes a través de la cláusula arbitral tienen la potestad de habilitar a los árbitros para que éstos se pronuncien sobre la existencia y validez del contrato celebrado, de forma tal que cuando éstas convienen que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, por virtud de la ley dicha competencia se extiende a las eventuales nulidades del negocio jurídico⁴⁴.

Así las cosas, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión

⁴¹ Este planteamiento ha sido reiterado en decisiones anteriores de esta Corporación como por ejemplo en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera 10 de junio de 2009, expediente 36.252 y más recientemente en sentencia de la Subsección B 8 de noviembre de 2012, expediente 36709.

⁴² *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.*

⁴³ En este sentido, ver, entre otras: sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de abril de 2002, expediente: 20356, Auto de 14 de agosto de 2003, expediente: 24344; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, expediente 25560, Sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31354.

⁴⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de agosto de 2006, expediente: 31354. *“De acuerdo con estas normas, el juez arbitral en materia de estudio sobre la validez del contrato no está limitado a que el punto le haya sido asignado expresamente o propuesto en las pretensiones o en las excepciones formuladas por las partes, dado que el ordenamiento jurídico le otorga los poderes oficiosos necesarios para el efecto, como son los establecidos en los artículos 305 y 306 del C. P. Civil, el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998); el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936”.*

a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios⁴⁵.

3.1) Juicio de legalidad de los actos administrativos.

El juicio de legalidad implica un ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido del acto administrativo objeto de revisión o estudio y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad.

Ahora bien, para realizar dicho ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido del acto administrativo y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige, el operador jurídico previamente debe realizar una interpretación sistemática de éstos con el objeto de determinar su verdadero contenido y alcance.

Con otras palabras, previamente a realizar un juicio de legalidad el operador jurídico, mediante el ejercicio interpretativo debe determinar el sentido razonable de los principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos que resulten aplicables o que deban ser utilizados como parámetro de legalidad del contenido del acto administrativo que se trate.

Ya en anteriores oportunidades se había señalado al respecto:

“(...)el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido permitido u ordenado⁴⁶ pero a luz del sistema jurídico vigente⁴⁷, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación

⁴⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995. “Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez...”.

⁴⁶ Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12 (Original del fallo que se cita).

⁴⁷ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207 (Original del fallo que se cita).

de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada⁴⁸, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica⁴⁹; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”⁵⁰.

4.1.8.- Sin embargo, la interpretación en el marco del constitucionalismo trata de un proceso continuo e inacabado que tiene lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte desde el momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el momento en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico; tal como lo señala Dworkin quien precisa que

“Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”⁵¹.

4.1.9.- Es por las anteriores razones que se sostiene la inconsistencia del positivismo jurídico frente a las tendencias de los sistemas jurídicos contemporáneos, dotados de constituciones rígidas formalmente, enriquecidas con sus contenidos sustantivos garantes de los derechos individuales y que busca, como una de sus finalidades, fortalecer la vigencia cotidiana del principio democrático deliberativo en todas y cada una de las instancias de poder del Estado. Por lo tanto, una situación descrita en los anteriores términos no puede ser explicada a partir de la teoría positivista para la cual es absolutamente irrelevante el contenido del derecho⁵² así como tampoco presta mayor

⁴⁸ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.” TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103 (Original del fallo que se cita).

⁴⁹ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.” AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26 (Original del fallo que se cita).

⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Ibíd. p. 208 (Original del fallo que se cita).

⁵¹ DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167. Un caso postura similar a la tesis defendida por Dworkin se expone por parte de Carlos Santiago Nino, quien sostiene que “Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas.” NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 54-55 (Original del fallo que se cita).

⁵² “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico de! derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral

*atención a la necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de los postulados sustantivos de la Constitución por vía de un método de interpretación dirigido a los operadores jurídicos en tal sentido*⁵³⁻⁵⁴.

De ésta forma, se entiende que el juicio de legalidad de un determinado acto administrativo implica una valoración estrictamente normativa, es decir una subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad y en cuyo ejercicio se prescinde de la valoración de los efectos económicos que se puedan generar entre las partes.

Conforme lo establece el artículo 87 del C.C.A. los actos administrativos serán absolutamente nulos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las que debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) se expidan de forma irregular ó; V) con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

Ahora, el análisis que el operador jurídico realice de cada una de las causales de nulidad de los actos administrativos implica necesariamente un ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados

diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto.” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. (Traducción de la 2ª edición en alemán 1960) México. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81 (Original del fallo que se cita).

⁵³ Como lo señala Zagrebelsky quien describe la despectiva postura del positivismo frente a los principios en los siguientes términos: “Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc.” ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Madrid, Trotta, 4ª edición, 2002, p. 112. Sobre la conexión de derecho y moral que supone el neo constitucionalismo Prieto Sanchís señala: “la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo ... representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el Derecho y la moral” PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009, p. 103.

⁵⁴ Una revisión crítica de la inconsistencia del positivismo jurídico con los Estados Constitucionales contemporáneos se encuentra en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. No. 27. 2007, p. 7-28.

normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad.

3.2) Pronunciamiento sobre los efectos económicos de los actos administrativos.

El análisis o estudio de los efectos económicos de un determinado acto administrativo implica el análisis, estudio, valoración y determinación de las cargas o prestaciones correlativas entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato estatal, así como también la verificación de que las sumas contenidas en éste no resulten lesivas al patrimonio público y se encuentren suficientemente respaldadas en las pruebas arrimadas para ello

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que se expide un acto administrativo por medio del cual una entidad pública ordena la liquidación unilateral de un contrato de concesión, incluyendo en el la reversión de unos bienes determinados y ante las controversias presentadas entre las partes por dicho aspecto, el Tribunal de arbitramento determina que en el referido acto administrativo no hay lugar a incluir la reversión de dichos bienes argumentando que ello iría en contra de lo estipulado por las partes en el contrato, es evidente que en ésta hipótesis los jueces arbitrales no se estarían pronunciando ni sobre la cláusula de reversión como potestad excepcional al derecho común, ni sobre la legalidad del acto administrativo, sino sobre sus efectos económicos.

4. La anulación del laudo arbitral por la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.

Sobre la nulidad del pacto arbitral ésta Subsección ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en vigencia del Estatuto anterior al señalar que:

“El ámbito de ésta causal fácilmente se comprende si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica del pacto arbitral (sic) sea él una cláusula compromisoria o un compromiso.

En el ordenamiento jurídico colombiano no se remite a duda que tal pacto es de naturaleza contractual porque se trata de un acuerdo entre dos o más partes, mediante el cual convienen que sus diferencias de carácter transigible sean resueltas por uno o varios terceros investidos transitoriamente de la facultad jurisdiccional.

Así que entonces tal descripción se ajusta a la noción de contrato, en especial la señalada en el artículo 864 del código de Comercio, pues mediante ese acuerdo se regula lo atinente a la definición o solución de determinadas controversias existentes entre las partes sobre sus relaciones jurídicas de carácter económico.

Y resulta inoficioso entrar en disquisiciones, como las que se hacen en otras latitudes, sobre si los convenios que regulan o extinguen obligaciones son de naturaleza contractual toda vez que la precitada norma mercantil al referirse al contrato habla de “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”

Siendo entonces el pacto arbitral un contrato, él debe reunir los presupuestos de validez de todo negocio jurídico, es decir, objeto y causa lícitos, capacidad de obrar de las partes y expresión del querer negocial sin vicio alguno.

Si estos presupuestos no están presentes el negocio queda maculado en unos casos con nulidad absoluta, como en los eventos de objeto o causa ilícitos o discapacidad absoluta de una de las partes (y también cuando se omiten requisitos o formalidades que las leyes piden para el valor de algunos actos en atención a su naturaleza, que desde luego no son las solemnidades constitutivas porque la omisión de éstas generan inexistencia), y en otros con nulidad relativa, tal como ocurre cuando hay discapacidad relativa de una de las partes o se presentan vicios en el consentimiento.

Pues bien, estas cuestiones, que son de carácter sustantivo y no adjetivo, son a las que se refiere la causal 1ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y por ende mal puede entenderse que en alguna parte del precepto se está permitiendo atacar el laudo por las nulidades procesales que enlista el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil⁵⁵.

De ésta forma, se entendía y ahora se entiende que la naturaleza jurídica del pacto arbitral es eminentemente contractual, pues por medio de éste dos o más personas acuerdan sustraer de la competencia de los jueces ordinarios la solución de las controversias que hayan surgido o que eventualmente surjan entre ellas para otorgársela a una jurisdicción especial, naturaleza que ahora se reafirma por medio del artículo 3º de la Ley 1563 de 2012⁵⁶.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 41.471.

⁵⁶ Por medio del Artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 se define el pacto arbitral como aquel “*negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*”.

También se entiende que siendo la anulación de laudos arbitrales un recurso judicial que tiene una regulación especial respecto de las causales que pueden ser alegadas en su curso, no es posible que ésta primera causal pueda invocarse cuando el pacto arbitral se encuentre viciado por alguna de las nulidades previstas en el artículo 140 del Estatuto Procesal Civil, pero además, y este es el punto, central, ésta disposición procesal hace referencia a nulidades adjetivas mientras que la causal primera de anulación se refiere, entre otros fenómenos, a la nulidad sustancial del pacto arbitral.

Ahora para analizar la causal que ahora se revisa resulta necesario precisar en qué consisten los fenómenos jurídicos de la inexistencia, invalidez e inoponibilidad de los negocios jurídicos y, en consecuencia del pacto arbitral, sin dejar de advertir en éste punto que en vigencia del Decreto No. 1818 de 1998 no era posible alegar con fundamento en ésta causal circunstancias que dieran lugar a la inexistencia o inoponibilidad del pacto.

4.1. De la inexistencia como causal de nulidad del laudo.

La inexistencia es la “*situación de hecho*” en la que queda un negocio jurídico que se proyectaba celebrar pero que no alcanzó a formarse por la omisión de un elemento estructural⁵⁷.

Pero no puede entenderse que la inexistencia es la “*nada absoluta*”, pues de ser así resultaría “*intrascendente para el ordenamiento jurídico*”⁵⁸, lo que debe entenderse es que existe un proyecto de negocio jurídico pero en el cual se omitió algún elemento indispensable para su formación, omisión que impidió que éste pudiera estructurarse.

La inexistencia del negocio jurídico se produce por: I) La omisión de alguno o algunos de los elementos esenciales del negocio jurídico que se proyecta celebrar; II) Por la ausencia de objeto; III) Por la ausencia de la causa; IV) Por la ausencia del querer dispositivo; V) Por la omisión de la solemnidad requerida para el perfeccionamiento del negocio; y VI) Por la falta de entrega de la cosa sobre la cual versa el negocio, si el proyectado es real.⁵⁹

⁵⁷ ALARCÓN ROJAS Fernando, “*La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*”, Ed. Universidad Externado de Colombia, año 2011, pág. 236.

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 226

⁵⁹ *Ibidem*. Págs. 226 a 230.

Con todo, la inexistencia no se constituye en una sanción impuesta por el ordenamiento, pues al omitirse el elemento estructural no se contraviene ninguna norma imperativa ni se atenta contra las buenas costumbres, sólo que no se realiza lo debido para la formación del acto, es decir, no se reúnen los requisitos para que este se estructure⁶⁰.

A diferencia de la nulidad, la inexistencia no requiere declaración judicial, pues se configura o constituye una vez que se omite cualquiera de los elementos necesarios para su formación.

Pero lo anterior no implica que el juez no pueda pronunciarse sobre la situación de hecho a la que se hace alusión, al contrario, puede hacerlo pero no para constituir la inexistencia del negocio jurídico sino para constatarla⁶¹.

Por último, es de resaltar que la inexistencia no es susceptible de ser saneada ni por ratificación, ni por prescripción.

En efecto, si bien el inciso 1º del artículo 898 del Código de Comercio establece que la *“ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionara el acto inexistente a la fecha de tal ratificación...”*, de la lectura de dicha norma mal puede entenderse que en realidad se encuentre referida a esa figura, pues *“sólo puede ratificarse el acto que jurídicamente tiene existencia; y es por esto que lo que allí hay que entender que se dice es que si se ha pretendido celebrar un negocio jurídico y este devino en inexistente, el negocio se perfeccionará si tal elemento se incluye y en la fecha en que se llene. Pero como lo que allí se dispone es protuberantemente obvio, resulta notoriamente inútil semejante previsión”*⁶².

Tampoco puede sanearse el vicio de la inexistencia por prescripción, pues el solo transcurso del tiempo no puede hacer aparecer el elemento estructural que requiere el negocio para su formación.⁶³

⁶⁰ Ibídem. Pág. 236.

⁶¹ Ibídem. Pág. 212.

⁶² Ibídem. Pág. 238.

⁶³ Ibídem. Pág. 238.

Ahora bien, si se entiende que el objeto del negocio jurídico es el interés que es materia de la regulación con el respectivo negocio, la carencia del objeto determina la inexistencia del negocio, lo que específicamente significa en cuanto al pacto arbitral que este sería inexistente si no se contempla el objeto o materia que quiere someterse a la decisión de los árbitros, o cuando éste no existe y se cree equivocadamente que sí⁶⁴.

También puede ocurrir que la causa, entendida ésta como la necesidad que se pretende satisfacer o la finalidad que se pretende alcanzar con la celebración del negocio, que en el caso del arbitraje se concreta en sustraer de la competencia de los jueces la solución de las controversias originadas entre las partes, no exista, caso en el cual también se originara la inexistencia del negocio jurídico.

4.2. la invalidez del negocio jurídico, como causal de nulidad del laudo.

La invalidez es el *“juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección”*⁶⁵.

A diferencia de la inexistencia, la nulidad o juicio de valor negativo, sí requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez decreta la nulidad, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo.

De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura mientras que el juez no la decreta.

Ahora, si bien la nulidad puede ser absoluta o relativa, tanto la una como la otra son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación⁶⁶.

2.2.1. La nulidad absoluta del pacto arbitral.

⁶⁴ Ibídem. Pág. 229.

⁶⁵ Ibídem. Pág. 250

⁶⁶ Ibídem. Pág. 249.

La nulidad absoluta se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión de alguna de las “*solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran*”⁶⁷.

Es de aclarar que configuran nulidad absoluta la omisión de solemnidades exigidas para “*el valor*” del acto en atención a su naturaleza y no por la omisión de solemnidades constitutivas.

Teniendo en cuenta que por medio de la nulidad absoluta se “*protege el orden público, las normas imperativas, las buenas costumbres, a los absolutamente incapaces y, ocasionalmente, el negocio en los eventos de nulidad parcial*”⁶⁸, ésta puede ser alegada por las partes, por todo aquel que conozca el vicio y aún por el Ministerio Público en salvaguarda del interés de la “*moral o de la ley*”⁶⁹.

También puede ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes del negocio cuya nulidad se pretende decretar oficiosamente, según lo disponen los artículos 1742 del Código Civil, 306 del C.P.C. y 282 del C. G. P.

Se considera que hay objeto ilícito o causa ilícita cuando estos se encuentran prohibidos por la ley o son contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

El objeto del pacto arbitral son los intereses que las partes deciden someter a la decisión de los árbitros, es decir la controversia en torno a la cual gira el proceso arbitral.

En anteriores Estatutos se señalaba que sólo podían someterse a la decisión de los árbitros asuntos que fueran susceptibles de transacción, sin embargo por medio del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 se extiende el panorama de materias que pueden someterse a su decisión al disponer que las controversias a solucionar pueden versar sobre “*asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*”.

⁶⁷ Ibídem. Pág. 249.

⁶⁸ Ibídem. Pág. 251

⁶⁹ Artículo 1742 del Código Civil.

Por otro tanto, mediante los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 se le otorgaba expresamente a las entidades públicas la facultad para celebrar el contrato de arbitraje, al disponer que éstas podrán pactar en sus contratos una cláusula compromisoria o compromiso con el fin de someter a la decisión de los árbitros las diferencias que se susciten en relación con éstos, su ejecución, desarrollo, terminación y liquidación.

A su vez el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 reconoce dicha facultad al disponer que cuando intervenga una entidad estatal o quien desempeñe funciones administrativas, el laudo deberá proferirse en derecho cuando las controversias que se someten a la decisión de los árbitros surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación o liquidación de un contrato estatal, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de facultades excepcionales.

Lo dispuesto en las normas referidas ya había sido desarrollado a nivel jurisprudencial, señalándose que si bien los árbitros sí tenían la facultad de pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, no podían hacerlo respecto de la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las denominadas facultades excepcionales⁷⁰.

⁷⁰ Por medio de la Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, la Corte Constitucional al pronunciarse respecto de la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 señaló: “(...) *la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.*(...) *Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna (...)* las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y

2.2.2. La nulidad relativa del pacto arbitral.

La nulidad relativa puede originarse por: I) La incapacidad relativa de alguna de las partes; II) La omisión en el cumplimiento de algún requisito exigido por la ley para el valor del negocio jurídico en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran y; III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo.

En efecto, según lo dispone el artículo 1508 del Código Civil los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Según los artículos 1510 a 1512 del mismo Estatuto el error es la *“discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio jurídico que se celebra, o la persona con la que se celebra”*⁷¹.

La fuerza conforme a los artículos 1513 a 1514 del Código Civil es la presión física o moral de carácter grave y determinante que se ejerce sobre una persona bajo las consideraciones de su sexo, edad o condición, para que celebre un determinado contrato⁷².

El dolo según el artículo 1515 del Código Civil es la maquinación fraudulenta o engañosa que despliega una persona con el objeto de obtener el consentimiento de otra u otras para celebrar un determinado negocio jurídico.

Ahora bien, para que el dolo se constituya en un vicio que afecta el consentimiento de las partes contratantes debe estar debidamente acreditado y debe ser

como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces (...) en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política”.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605.

⁷² *Ibídem*.

determinante para la celebración del acto o negocio jurídico, es decir debe constituirse en el móvil que indujo a la persona a contratar.

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o cesionarios y no puede ser declarada de oficio por el juez.

Esta puede ser saneada por ratificación o por el transcurso del término de 4 años, en materia civil, o de 2 años, en materia mercantil.

2.2.3. De la inoponibilidad del pacto arbitral.

En desarrollo del principio de la relatividad de los contratos o negocios jurídicos, estos sólo producen efectos, por regla general, entre las partes que lo celebran y no respecto de terceros.⁷³

El principio al que se alude se funda en la autonomía dispositiva y en la protección de la esfera de la libertad de todo sujeto, en virtud de lo cual el titular de los intereses es el llamado a disponer de ellos en la oportunidad y en la forma que a bien lo tenga, teniendo en cuenta que, en primer lugar, esa libertad dispositiva tiene límites y que, en segundo lugar, no disponer de ellos es otra forma de disposición.

Sin embargo, el anterior postulado se ha visto matizado porque hay eventos en que los efectos de un determinado negocio jurídico no sólo se producen entre las partes disponentes, sino que también se extienden a terceros, esto es a personas que no han participado en la celebración del acto o negocio.

Con otras palabras, los efectos de un negocio jurídico normalmente se producen frente a las partes pero sólo excepcionalmente en relación con quienes no han sido parte en él, caso éste último en el cual entonces se dirá que el acto o negocio celebrado es oponible a terceros.⁷⁴

Así las cosas, la oponibilidad de los negocios jurídicos se traduce en la virtualidad de estos para incidir en la esfera jurídica de los terceros, es decir produciendo

⁷³ Bianca Massimo C. “*DERECHO CIVIL 3. EL CONTRATO*”, Traducido por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés Capítulo 11, “*Los Terceros*”, Ed. Universidad Externado de Colombia 2007, Pág. 587.

⁷⁴ *Ibíd.* pág. 595

efectos jurídicos frente a personas ajenas al negocio, ya sea creando, modificando o extinguiendo las posiciones jurídicas de estos.⁷⁵

Así que, por consiguiente, la inoponibilidad, o ineficacia relativa del negocio jurídico, se reduce a que, como los efectos de los actos de disposición de intereses, por regla general, sólo tienen vocación de afectar a las partes disponentes y no a quienes no han participado en su celebración, los efectos o consecuencias de la celebración del acto dispositivo no pueden afectar a estos o, con otras palabras, les son inoponibles.

De ésta forma, por regla general, el negocio jurídico tendrá una eficacia relativa puesto que afectará a las partes pero no a los terceros, es decir, será relativamente ineficaz ya que en principio no vincula a quienes no participaron en su celebración.⁷⁶

Así, se entiende que el negocio jurídico existe, es válido y produce sus efectos frente a las partes que lo celebran pero las consecuencias del negocio no alcanzan a quienes son ajenos a dicha relación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el pacto arbitral es un negocio jurídico, es consecuencia obligada que en principio él sólo produce efectos jurídicos frente a las partes que lo celebran y no a quienes no han sido parte en él, razón por la cual tal negocio, por regla general, es inoponible frente a estos.

Corroborar lo que se viene diciendo lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012.

En efecto, el artículo 36 del Nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional señala que en aquellos eventos en los cuales el laudo arbitral produzca o genere efectos de cosa juzgada frente a terceros que no suscribieron el pacto arbitral, estos deberán ser citados de forma personal para que manifiesten su voluntad de adherir al pacto y sus efectos.

⁷⁵ *Ibidem*. pág. 195

⁷⁶ F. MESSINEO, "Doctrina General del Contrato", Tomo II, Editorial EJE, Jurídicas Europa, América, Buenos Aires, 1988, Págs. 311 y 312.

Si esos terceros no adhieren al pacto arbitral o no pueden ser citados, el Tribunal declarará la extinción de los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria.

Por su parte, el artículo 37 dispone que en tratándose de la intervención en el trámite arbitral del llamado en garantía o del denunciado en el pleito, se aplicaran las disposiciones que el Código de Procedimiento Civil prevé, razón por la cual una vez notificados de la citación se tendrán como litisconsortes del llamante o del denunciante, respectivamente.

No sobra reiterar que en el anterior estatuto no estaba consagrado expresamente este evento como causal de anulación del laudo arbitral.

Precisado lo anterior, para la Sala es claro que teniendo en cuenta que la cláusula compromisoria se constituye en un verdadero negocio jurídico, la nulidad absoluta o relativa de ésta únicamente se da por las causales de nulidad previstas en la ley para la nulidad de los actos y contratos.

Pero además, para que resulte procedente la causal a la que se alude se requiere que las circunstancias que hayan dado lugar a su configuración hayan sido invocadas oportunamente mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

3. La anulación del laudo arbitral por la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o competencia.

3.1. La caducidad de la acción.

Si bien el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos se rige por las normas especiales de la materia, es claro que en tratándose de litigios en los cuales se encuentre de por medio un contrato estatal debe darse aplicación a las disposiciones procesales que de forma especial regulan los términos de caducidad del medio de control de controversias contractuales, es decir, el previsto en el artículo 141 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Y esto es así porque las normas que rigen los términos de caducidad son de orden público y de obligatorio cumplimiento para todos sus destinatarios, razón por la

cual “no le es dado a los árbitros interpretar cosa contraria, ni mucho menos a las partes desconocer estas disposiciones cuando habiliten a los particulares a actuar como árbitros”⁷⁷.

Así que entonces, en el curso del proceso la acción que se ejerza ante el Tribunal de Arbitramento se sustituye al juez ordinario por otro habilitado transitoriamente por las partes para administrar justicia, el cual si bien se encuentra regido por una normativa especial, deberá sujetarse a las disposiciones procesales especiales que en materia administrativa regulan los términos de caducidad⁷⁸.

La caducidad de la acción se define como aquel fenómeno jurídico que implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones por haber dejado transcurrir el término que perentoriamente había sido señalado por la Ley para ejercer la correspondiente acción⁷⁹.

Tal como se señaló en líneas anteriores, las normas que establecen los términos de caducidad de las acciones son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento frente a todos sus destinatarios, son irrenunciables y no son susceptibles de ser modificados por las partes⁸⁰.

La caducidad se estructura por el sólo hecho de haber transcurrido el término previsto en la ley para ello y debe ser declarada por el juez ya sea a petición de parte o de oficio cuando aparezca que ella ha operado.

Así las cosas, una vez se da el supuesto de hecho previsto por la ley para que se inicie la contabilización del término de caducidad, éste indefectiblemente empezara a correr sin que las partes puedan variarlo o modificarlo⁸¹.

Es de anotar en éste punto que previamente a la inclusión de la causal a la que se alude, la jurisprudencia contencioso administrativa consideraba que en aquellos eventos en los que se había proferido un laudo arbitral cuando ya había operado la caducidad de la acción y el Tribunal no lo había declarado así, la nulidad de

⁷⁷ J.O. Santofimio Gamboa. “*Tratado de Derecho Administrativo, Contencioso Administrativo*”. Tomo III. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, Págs. 323 y 324.

⁷⁸ *Ibidem*, Pág. 323.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 29. 469.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

aquel debía alegarse con fundamento en la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es, por haberse pronunciado el Tribunal arbitral sobre puntos no sujetos a su decisión, pues se estimaba que en estos casos al operar la caducidad de la acción el Tribunal carecía de competencia para resolver la controversia respectiva⁸².

Ahora, en vigencia de la nueva ley es claro que ésta hipótesis ya no podrá ser alegada bajo la causal 9ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, antes prevista en los numerales 8º y 9º del Decreto 1818 de 1998, pues ya la causal 2ª de la Ley 1563 de 2012 regula de forma especial esa circunstancia específica.

3.2. La falta de jurisdicción o de competencia

La palabra jurisdicción proviene del latín *“iuris dictio que etimológicamente significa imponer el derecho”* o declararlo⁸³.

En términos generales la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, es decir, aplicar el derecho y resolver los conflictos o situaciones que se presenten conforme a los estrictos principios, procedimientos y reglas previstas en el ordenamiento jurídico para ello⁸⁴.

Ahora, si bien se ha considerado que la jurisdicción es una sola, esta se distribuye teniendo en cuenta los diferentes campos de conocimiento y especialidades mediante la asignación de competencias entre las diferentes ramas, órganos del poder público o particulares para resolver determinados asuntos⁸⁵.

Así las cosas, se entiende que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos implica el ejercicio de una función jurisdiccional, pero en éste caso no es la ley la que le otorga la competencia a los árbitros sino las mismas partes mediante el pacto arbitral.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de febrero de 2012, Exp. 37.044.

⁸³ H.F. LÓPEZ BLANCO, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”*, Tomo I Capítulo IV, Jurisdicción y Competencia, Ed. Temis 1974, Pág. 93.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de agosto de 2006, Exp. 34.299.

⁸⁵ H.F. LÓPEZ BLANCO, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”*, Tomo I Capítulo IV, Jurisdicción y Competencia, Ed. Temis 1974, Págs. 96 y 97.

Por su parte, la competencia es la facultad que la misma ley le otorga a determinados órganos del poder público o a los particulares para que ejerzan la función de administrar justicia sobre ciertos asuntos determinados.

Con otras palabras, la competencia es la atribución que la ley le otorga a un determinado sujeto ya sea éste un órgano público o particular para que ejerza determinadas funciones, adopte ciertas decisiones o profiera determinados actos, bajo las condiciones, reglas y procedimientos previamente fijados por ésta.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto al señalar que:

*“El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia. De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad, en lo que hace referencia al específico escenario judicial, y en general se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada, una consecuencia que se deriva del carácter su generis de las normas de competencia⁸⁶.
(...)”*

Sobre este punto se encuentra lo expresado por Hans Kelsen al decir que “Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es “capaz” de realizar dicho acto; o sea que sólo él es “competente” para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio).”⁸⁷ De manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues “Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas.”⁸⁸; mientras que H.L.A. Hart señala que la infracción a tales normas no se puede asimilar como “un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (...) [sino que] simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico.”⁸⁹, pues bueno es señalar que las de competencia no participan de la categoría de las reglas de permisión o de mandato. En esta misma línea, esta Corporación ha

⁸⁶ Atienza y Ruiz Manero, califican a las reglas de competencia o aquellas que confieren poderes como de carácter constitutivo que no participan de la categoría de normas deónticas: “el “poder” de una regla que confiere poder es el de alcanzar determinados resultados normativos por el hecho de que, dadas ciertas circunstancias, efectuamos una acción que, por otro lado, puede estar permitida, ser obligatoria o estar prohibida; lo opuesto a poder, en este segundo caso, es ser incompetente, es decir, no tener capacidad para producir un determinado resultado normativo; y, finalmente, las reglas que confieren poder no pueden tampoco incumplirse, pero no por la razón por la que no pueden incumplirse las permisiones, sino porque ellas no son normas deónticas: lo único que cabe con las reglas que confieren poder es usarlas con éxito o no.” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 2ª edición, 2004. Barcelona, Ariel. Pág. 99 (la cita es del texto citado).

⁸⁷ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2º edición, 1958. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 106 (la cita es del texto citado).

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Ibíd...* pág. 106 (la cita es del texto citado).

⁸⁹ HART. H.L.A. El concepto de derecho. 3ª edición, 2ª reimpresión, 2012. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pág. 43 (la cita es del texto citado).

dicho que la incompetencia es “la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional”^{90 91}.

En éste orden de ideas, se entiende que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, esto es, aplicar la ley a un determinado conflicto y la competencia es la facultad que se le otorga a determinados órganos públicos o particulares para ejercer dicha función sobre ciertos asuntos o negocios determinados, es decir, ésta última es una parte de la jurisdicción⁹².

Al hablar de competencia en materia de arbitraje es necesario hacer referencia al principio de habilitación o voluntariedad, principio conforme al cual son las partes las que en ejercicio de la autonomía dispositiva le otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos, fijando mediante el pacto arbitral las reglas a seguir en cuanto al tipo de controversias que se someterán a la justicia arbitral, el procedimiento y la forma de designar los árbitros.

De ésta forma, el Tribunal arbitral carecerá, entonces, de jurisdicción en aquellos eventos en los cuales una de las partes del proceso no suscribió el pacto arbitral, o cuando el asunto o materia que se somete a su decisión no es de aquellos que autorizan la constitución política y la ley, para que sean resueltos en esa sede⁹³.

Por su parte y en desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, el Tribunal carece de competencia cuando se pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.

En el presente asunto la recurrente funda su recurso de anulación del laudo arbitral en que el Tribunal de arbitramento carecía de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la liquidación unilateral del contrato de concesión suscrito y que como declaró el incumplimiento de la convocada por incluir en la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados, los cuales

⁹⁰ “Si en estricto sentido la competencia se refiere solo a la aptitud para tomar decisiones, o sea emitir actos jurídicos, se tiene que la incompetencia es la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional.” Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P.: Auto de 31 de julio de 1980 (la cita es del texto citado).

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 17 de octubre de 2013, Exp. 45.679.

⁹² L.B. Hernán Fabio, “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”, Tomo I parte general, Temis año 1974. Págs. 160 a 164.

⁹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2016, Rad. 54.405 y 55.527.

inicialmente no se habían acordado en el contrato, se estaría pronunciando sobre la legalidad de una cláusula excepcional.

Sobre éste punto resulta necesario precisar que una cosa es declarar el cumplimiento o el incumplimiento de un determinado contrato por incluir o por no incluir en la reversión los bienes objeto de la concesión, y otra cosa muy diferente es pronunciarse sobre la legalidad o la ilegalidad de la cláusula de reversión como tal.

En efecto, si mediante un laudo arbitral los jueces arbitrales declaran el incumplimiento de un contrato por incluir dentro del acto administrativo de liquidación unilateral la reversión de unos bienes que inicialmente no se encontraban incluidos dentro de ésta, no se estarían pronunciando sobre la licitud de la reversión como tal, sino que en últimas se estarían pronunciando sobre los efectos económicos del acto, asunto sobre el cual sí tenían la competencia para pronunciarse.

Luego si lo que ocurre en un determinado asunto es que por medio de unos actos administrativos se ordena la liquidación unilateral de un contrato de concesión y en éstos se incluye la reversión de los bienes utilizados para la prestación de los servicios contratados y en el proceso arbitral los árbitros resuelven declarar el incumplimiento de la entidad por incluir dichos bienes, en últimas se estarían pronunciando sobre los efectos económicos de dichos actos, más no sobre su legalidad ni sobre la cláusula de reversión como tal.

4. La anulación del laudo arbitral por haber recaído sobre aspectos no sujetos a decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Ya en otras oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto:

“Se encontraba antes prevista en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

En efecto, el numeral 8º del decreto 1818 de 1998 preveía como causal de anulación “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.

Pues bien, en vigencia de dicho Estatuto se estimaba que por medio de ésta causal se procuraba garantizar el principio de congruencia de las sentencias judiciales, principio éste que conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, consiste en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado⁹⁴.

⁹⁴ Ibídem.

También se estimó en su oportunidad que la causal referida tenía 2 modalidades de configuración conocidas normalmente en la doctrina y la jurisprudencia como fallos extra petita que tienen lugar cuando se condena al demandado por un objeto diverso al pretendido o por una causa diferente a la que se invoca en la demanda y los fallos ultra petita, que se presentan cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda.

Así las cosas, se consideraba que bajo ésta causal el laudo arbitral podía anularse por un fallo extra petita o ultra petita cuando el juez arbitral se pronunciaba sobre asuntos no sometidos a su decisión en el pacto arbitral, sobre asuntos no susceptibles de ser resueltos por ésta vía o cuando concedía más de lo pretendido en la demanda.

De ésta forma, a efectos de determinar la configuración de la causal en comento debía realizarse un cotejo o ejercicio comparativo entre lo previsto en el respectivo pacto arbitral por las partes, los hechos y las pretensiones de la demanda o su causa pretendí, o lo uno y lo otro, con la parte resolutive de la sentencia judicial, descartándose de ésta forma, y también por regla general, que la consonancia como vicio in procedendo se configurara ante las discrepancias que se presentaran entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que por medio del numeral 2º del artículo 41 de dicho Estatuto arbitral se incorporó una nueva causal de anulación que de forma especial y específica regula las circunstancias de falta de jurisdicción o de competencia del juez arbitral, forzoso es de concluir que por vía de ésta causal, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no se pueda alegar la nulidad del laudo cuando el juez arbitral profiere un laudo pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión o que no eran susceptibles de disposición por mandato legal, pues se repite en vigencia del nuevo estatuto arbitral ya existe una causal que específicamente regula ésas hipótesis.

Así las cosas, se entiende que bajo la primera parte de ésta causal, esto es, "Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido", antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 ya no podrán alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción o competencia por haberse pronunciado el juez arbitral sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o sobre aquellos que por ley no eran susceptibles de ser resueltos por ésta vía, pues con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 ya es claro que dichas hipótesis deben ser alegadas con fundamento en la causal del numeral 2º previsto en su artículo 41 que las regula de forma específica.

En conclusión ésta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo extra patita cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo ultra petita, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que éste se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido.

Por su parte el numeral 9º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, preveía como causal de anulación, "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

Sobre éste aparte de la causal que ahora se examina se había señalado que ésta se configura cuando el juez incurre en un fallo denominado por la jurisprudencia y la doctrina como fallo citra petita⁹⁵ consistente en que el juez arbitral no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o sobre aquellas que se encuentren debidamente probadas y no deban ser alegadas.

⁹⁵ La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *mínima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.

También respecto de ésta última hipótesis se había señalado que el árbitro en su calidad de juez transitorio tenía y tiene la obligación de reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con excepción de las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben siempre alegarse en la contestación de la demanda, tal como lo preceptuaba el artículo 306 del C. P. C. y hoy el artículo 282 del Código General del Proceso.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 306 del C. P. C. y hoy el inciso tercero del artículo 282 del código General del Proceso, preveía y ahora prevé que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones puede abstenerse de examinar las restantes.

Así las cosas, se entendió y ahora se entiende que para efectos de establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto en el respectivo laudo arbitral.

Con todo lo expuesto, se tiene que la causal del numeral 9º de la ley 1563 de 2012 se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas; pues se entiende que las demás hipótesis se encuentran incorporadas y deberán ser alegadas con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º de la ley 1563 de 2012”⁹⁶.

5. La solución del caso concreto.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la anulación se tiene que el recurrente invoca como causales de anulación las previstas en los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “*La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral*”; “*la caducidad de la acción; la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal de arbitramento*” y; “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

5.1. Funda la primera causal esgrimida, esto es la del numeral 1º, en que la cláusula compromisoria pactada adolecía de invalidez absoluta al otorgarle competencia al Tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados, asunto que era competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

Dice que las partes a través de la cláusula compromisoria no podían otorgarle competencia al Tribunal de arbitramento para que se pronunciara sobre unos actos administrativos unilaterales proferidos en ejercicio de la potestad excepcional de reversión.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Laudo arbitral del 13 de abril de 2015, Expediente: 52.556, Emgesa S.A. vs Sociedad Hotelera Tequendama S.A.

Tampoco podía el Tribunal declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en una causal que denominó “*Contravención a las estipulaciones contractuales*”.

Teniendo en cuenta el carácter extraordinario y excepcional del recurso de anulación del laudo arbitral, éste no sólo supone que se funde en las causales taxativamente previstas en la ley, sino también que cada una de éstas se sustenten clara y suficientemente, de forma tal que el juez de anulación no se encuentre obligado a realizar un esfuerzo interpretativo adicional para tratar de deducir la causal que se aduce.

5.1.1. Para resolver sobre la procedencia de la causal que se alega resulta necesario precisar en primer lugar que las razones que exponga el recurrente deben configurar la causal que alega y por ello la causal invocada será la que structure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé.

Ahora, revisada la impugnación de la recurrente se evidencia que la cadena argumentativa esbozada por ella, no configura la causal que ahora aduce, sino la prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es la falta de competencia del tribunal por declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en la causal que denominó “*Contravención a las estipulaciones contractuales*”.

Pero además, para que resulte procedente la causal que ahora se revisa ésta debe ser alegada oportunamente ante el Tribunal de arbitramento mediante la interposición del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia.

En el presente asunto se encuentra que si bien el Tribunal asumió su competencia por medio del auto proferido el 26 de marzo de 2015⁹⁷ en el curso de la primera audiencia de trámite y que contra éste la convocada UAESP instauró el recurso de reposición respectivo, en éste no hizo referencia alguna a la invalidez del pacto arbitral sino que centró la sustentación del mismo a la falta de competencia del Tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre los actos administrativos impugnados.

⁹⁷ Folios 506 a 537 del C. Principal No. 2.

De ésta forma, la Sala considera que la recurrente no dio cumplimiento al requisito de procedibilidad previsto en el inciso 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues si bien sí interpuso el recurso de reposición respectivo en contra del auto de asunción de competencia, en el mismo no hizo referencia alguna a la invalidez absoluta del pacto arbitral.

Así las cosas, para la Sala es claro que en éste caso, todos los argumentos expuestos por la recurrente alrededor de la causal 1ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 en realidad se arriman a configurar la causal 2ª de ésta misma norma, esto es, la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento por haberse pronunciado sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados y como quiera que la recurrente no agotó el requisito de procedibilidad previsto para la causal 1ª, es decir haciendo valer ese motivo mediante el recurso de reposición contra el auto en que el árbitro asumió competencia, no resulta procedente analizar si se configuró o no por las razones anotadas.

En ésta circunstancias, para la Sala es evidente que el cargo alegado no se encuentra llamado a prosperar pues el recurso de anulación de laudos arbitrales procede no sólo por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, sino también si se agotaron los requisitos de procedibilidad que para algunas de ellas se exigen y cuando la cadena argumentativa esbozada por los recurrentes estructuran la causal que en realidad se alega.

Y como quiera que para la causal del numeral 1º se pide por la ley que se haya hecho valer el motivo que la configura, mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto que asume competencia, y esto no se hizo, pues en el recurso interpuesto no se hizo referencia alguna a la invalidez de la cláusula compromisoria, es conclusión obligada que el recurso de anulación es infundado por dicha causal.

5.2. En segundo lugar y con una argumentación similar afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues carecía de “jurisdicción” para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados y que como mediante el laudo arbitral que ahora se impugna declaró el incumplimiento de la convocada por incluir en los actos de liquidación unilateral la reversión de los bienes utilizados para la prestación de los

servicios contratados, se estaría pronunciando sobre la legalidad de éstos y sobre una cláusula excepcional.

Señala que si bien el Tribunal sí ostentaba la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos impugnados, no para pronunciarse sobre la legalidad de los mismos.

No podía el Tribunal declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en una causal no prevista en la Ley.

Semejante argumentación impone que se declare la improcedencia de la causal de anulación que ahora se alega, pues lo que se logra evidenciar a través de la misma es la inconformidad del recurrente con la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento y que lo realmente pretendido por éste es reabrir el debate probatorio y jurídico efectuado para que de ésta forma se modifique la decisión adoptada y se profiera una favorable a sus intereses.

En efecto, si se entiende que precisamente a través del pacto arbitral las partes voluntariamente deciden sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para resolver sobre los efectos económicos de los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la liquidación unilateral del contrato de concesión celebrado entre las partes y trasladarle dicha competencia a la jurisdicción arbitral, no puede entenderse que el Tribunal arbitral carece de jurisdicción para resolverlo.

Revisado el laudo arbitral impugnado lo que se encuentra es que los jueces arbitrales no realizan un juicio de legalidad sobre la cláusula de reversión, sino que circunscriben su análisis a determinar si existió o no un incumplimiento por haberse incluido dentro de la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados, lo que en últimas implica que éstos únicamente se pronunciaron sobre los efectos económicos de los actos administrativos demandados.

Con otras palabras, cuando el Tribunal resolvió declarar el incumplimiento de la convocada por haber incluido en la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados y en consecuencia haber declarados que los únicos bienes que podían ser objeto de reversión dentro de los actos de

liquidación unilateral eran los previstos en las cláusulas Nos. 17 y 32 No. 11 del contrato de concesión, se estaba pronunciando sobre los efectos económicos de la cláusula de reversión, asunto sobre el cual sí tenía competencia

Pero además, atina el Tribunal al señalar que no puede considerarse que los actos administrativos por medio de los cuales se ordena la liquidación de un determinado contrato, son actos expedidos en ejercicio de una potestad excepcional, pues la liquidación unilateral no es de aquellas facultades de las que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

Dichas razones resultan suficientes para declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por la causal que ahora se revisa.

5.3. En tercer lugar afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en la causal del No. 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues incurrió en un fallo *extra petita* al pronunciarse sobre un asunto que no estaba sometido a su decisión teniendo en cuenta que carecía de competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados; así como también en un fallo *ultra petita* al fundar dicha decisión en una causal de nulidad que no fue alegada por el consorcio convocante en su demanda.

En lo relativo a la causal que se alega debe precisarse que en sede del recurso de anulación del laudo arbitral, las razones que exponga el recurrente deben configurar la causal que alega y por ello la causal invocada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé.

Con otras palabras, para que resulte procedente la causal que se alega se requiere que la cadena argumentativa esbozada por el recurrente la estructure, por lo que no es de recibo que el recurrente afirme que alega una causal cuando los argumentos expuestos para sustentarla estructura otra.

Ahora bien, de los argumentos expuestos por la recurrente para sustentar esta causal no configura la causal que ahora aduce, sino la prevista en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, la falta de competencia del Tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de unos actos administrativos con fundamento en una causal que no se encuentra prevista en la

Ley de forma tal que mal puede venir ahora a alegar la configuración de una causal de anulación, cuando la cadena argumentativa por él esbozada no la configura.

6. Condena en costas.

En los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de los artículos 361 y siguientes del Nuevo Código General del Proceso, del No. 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 y teniendo en cuenta que el recurso se declaró infundado por las causales alegadas, la Sala fijará la condena en costas en una suma equivalente a catorce millones de pesos (\$14'000.000,00)

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación formulado por el apoderado de la **Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP-** en contra el laudo arbitral del 30 de marzo de 2016 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre éste y el **Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.** con ocasión del contrato de concesión No. 053 suscrito entre éstos el 15 de julio de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente y por consiguiente al pago de la suma de **CATORCE MILLONES DE PESOS, (\$14'000.000,00).**

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala de Sección C