

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR MUERTE DEL CONTRATISTA /
SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE / SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL /
TERMINACIÓN DEL CONTRATO / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL /
DERECHOS DEL HEREDERO**

[L]a Sala advierte que, en efecto, en la sucesión por causa de muerte a título universal, “*se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles*” con lo cual los herederos pueden ocupar la posición contractual del causante en el contrato y convertirse en los titulares de los derechos y las obligaciones pactadas en el mismo. Ello no podía ocurrir en este caso, porque el contrato terminó como consecuencia de un acto administrativo vigente proferido por la entidad estatal Contratante como consecuencia de la muerte del causante. Sus herederos no podían incluir como activo transmisible en la sucesión los derechos del causante en el contrato; lo que podían haber incluido eran los derechos resultantes de la liquidación del contrato.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /
CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL
JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /
COMPETENCIA DEL ÁRBITRO/ INCONGRUENCIA EN EL LAUDO ARBITRAL /
LAUDO**

Del contenido mismo de la causal y de la jurisprudencia antes citada, no se deduce que el Juez de la anulación deba limitarse a elaborar un cuadro en doble columna para comparar pretensiones de la demanda con resoluciones del laudo y concluir que no se incurrió en incongruencia. Si se estimara que es este el examen que debe hacerse, no se estaría garantizando la congruencia entre la petición y la condena como parte de la garantía del debido proceso, que es la que se protege con esta causal. Resultaría suficiente adoptar decisiones en las consideraciones del laudo y no expresarlas en su parte resolutive, o decretar condenas sin hacer las declaraciones previas indispensables para pronunciarlas, que son los dos expedientes a los que acudieron los árbitros en el laudo objeto de esta providencia. (...). La incongruencia de un laudo no se supera (i) acudiendo a la estrategia de no incluir en sus resoluciones de laudo las decisiones que efectivamente se adoptan en el mismo, ni (ii) dándole una denominación distinta a las decisiones que se adoptan, que es lo que ocurre cuando se deja sin efectos un acto administrativo sin anularlo, con lo que lo único que se hace es ocultar su verdadero alcance. (...) Las peticiones de una demanda expresan las declaraciones que el demandante le solicita pronunciar al Tribunal y su determinación debe realizarse preguntándose qué pide exactamente el demandante, lo que resulta esencial porque es a partir de la respuesta a tal interrogante que debe pronunciarse el laudo

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la incongruencia del laudo arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de abril de 2012. Radicación número: 42126. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016. Radicación No. 55885.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / IDENTIFICACIÓN DE LA
CLASE DE CONTRATO ESTATAL / CLASES DE CONTRATO / NATURALEZA
DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL /
DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA
DEMANDA / DEBERES DEL ÁRBITRO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO /
FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**

El Juez del Contrato tiene la obligación de interpretarlo a partir de sus estipulaciones, lo que puede implicar el ajuste de su denominación a la que realmente corresponde de acuerdo con la ley. La adecuada denominación del contrato debe realizarse cuando es evidente que el objeto de la convención acordada por las partes, deducido de las obligaciones pactadas por ellas, no corresponde a la denominación jurídica que ellas mismas le asignaron y, sobre todo cuando resulta necesario determinar, a partir de disposiciones legales supletorias, el contenido de obligaciones que las partes no estipularon expresamente. La adecuación del nombre del contrato permite integrar con normas legales supletorias los aspectos que las partes no regularon de manera expresa en el contrato. Este ejercicio busca interpretar el contrato conforme con la verdadera voluntad de las partes; persigue proteger el pacto acordado por ellas y no permitir que – por una indebida denominación del contrato – terminen integrándose al mismo reglas contractuales que en realidad no corresponden a la voluntad de las partes. (...) Una cosa es interpretar el contrato e integrar sus vacíos regulatorios conforme con lo que se estima como su adecuada denominación y otra cosa sustituir lo estipulado por las partes desconociendo el principio fundamental de autonomía de la voluntad y mucho menos, por esta vía anular lo pactado. (...) Si un contrato que contiene todas las obligaciones propias de una promesa de venta de un inmueble se pacta en un documento privado y titula contrato de venta, ello no quiere decir que el prometiende comprador (mal llamado en el mismo comprador) no tenga el derecho a solicitarle al Juez su cumplimiento mediante la suscripción de la escritura pública. El Juez leerá el contrato, y en vez de anularlo porque no tiene las formalidades de la compraventa de un inmueble, concluirá que la denominación que le dieron las partes fue equivocada porque los derechos y obligaciones pactados en el mismo (que no pueden ser modificados por el Juez respeta fielmente) y resolverá las pretensiones de las partes teniendo en cuenta lo que ellas realmente pactaron. Este es un mecanismo que tiene por objeto conservar el contrato y fundamentalmente respetar las estipulaciones de las partes, puesto que el contrato tiene fuerza de ley para ellas y no es admisible que tales estipulaciones o declaraciones de voluntad puedan alterarse, excusándose por un error jurídico en la denominación del contrato. (...) Ese mecanismo no puede utilizarse por el Juez del contrato para dejar sin valor lo pactado, o para dejar sin efectos determinadas cláusulas contractuales, puesto que lo anterior solo puede ser hecho por el Juez del Contrato dejando sin efecto las cláusulas contractuales (...) A partir de la simple petición de considerar que el contrato era un depósito y no una concesión, el Tribunal no podía anular la estipulación contractual de terminación unilateral del contrato y el acto administrativo en el que se adoptó esta decisión y mucho menos sustituir las obligaciones pactadas por las partes en el contrato, por obligaciones que no fueron estipuladas por ellas. Si la inadecuada denominación del contrato generaba la anulación total o parcial de lo pactado, o si se pretendía obtener los efectos antes señalados, los Convocantes estaban obligados a pedir expresamente tales declaraciones y, solo en ese caso el Tribunal podía pronunciarse sobre ellos.

DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBERES DEL ÁRBITRO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CLASES DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRETENSÓN PRINCIPAL / PRETENSÓN ACCESORIA

Los árbitros no tuvieron en cuenta que cuando se acumulan pretensiones el vínculo entre ellas es de distinta naturaleza: existen (i) pretensiones principales,

cuya declaratoria no tiene ninguna vinculación con las demás y (ii) pretensiones subordinadas que dependen de la declaración que se haga en otra pretensión.

DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

La siguiente pregunta que debe absolver la Sala es si el Tribunal estaba habilitado para declarar de oficio la nulidad de la cláusula excepcional de terminación del contrato y para – también de oficio – dejar sin efectos el acto administrativo de terminación unilateral del contrato. (...) , la Sala encuentra que sí se presenta la incongruencia que impone la anulación del laudo, porque el Tribunal de Arbitramento no podía declarar de oficio la nulidad de la cláusula del contrato en la cual se pactaron las facultades excepcionales, justificando tal decisión en el hecho de que dicho contrato en realidad se ajustaba al modelo legal de un depósito y, como la ley no autoriza el pacto de cláusulas excepcionales en este tipo de contrato, su estipulación violaba una norma de carácter imperativo. (...) En los términos del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, *“la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”*, norma de la cual se deduce que para que el Juez pueda anular un contrato se requiere que (i) el demandante pida el cumplimiento del contrato, porque es solo en ese caso que se requiere hacer tal declaración, (ii) que el contrato esté afectado de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas por la misma ley (objeto o causa ilícitas, o violación de una norma imperativa) y (iii) que el Juez no requiera realizar ningún tipo de elucubraciones, interpretaciones o razonamientos para deducirla, sino que surja de manera manifiesta del acto o contrato. (...) El Tribunal solo podía haber adoptado esta decisión si en la demanda se hubiese pedido el cumplimiento o la ejecución de la estipulación, con el objeto de negar tal pretensión. Cuando se le pide al Juez del contrato ordenar su cumplimiento o la ejecución de una de sus cláusulas tiene competencia para hacer tal pronunciamiento de manera oficiosa. (...) Esta decisión solo puede adoptarse cuando la nulidad del contrato o de la cláusula sea manifiesta lo que impone que debe surgir de la simple lectura y análisis del contenido mismo de la cláusula. (...) Esa decisión solo puede adoptarse cuando el contrato esté afectado de nulidad absoluta.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1742

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D. C., ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00027-00(56343)

Actor: RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Tema: Recurso extraordinario de anulación. Aplicación de la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL, en adelante “el Municipio”, contra el laudo del 14 de septiembre de 2015, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas del contrato de Concesión No. 003 de 1 de diciembre de 2006 celebrado entre la citada entidad pública y JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, al cual concurren como parte convocante sus herederos, RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, JACKSON ALFONSO FUENTES RAMÍREZ Y BRAYNER FUENTES RAMÍREZ.

El recurso de anulación fue interpuesto en vigencia de la Ley 1564 de 2012 por el Municipio y por el Ministerio Público y, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 del mismo estatuto se corrió traslado a la parte Convocante la cual se pronunció sobre el contenido de las dos impugnaciones. En el trámite surtido ante este despacho, mediante auto de 25 de febrero de 2016, confirmado el 2 de junio siguiente, se rechazó el recurso presentado por el Ministerio Público porque no cumplió con el requisito formal establecido en el Auto de la Sección Tercera con posición unificada del 27 de septiembre de 2012, conforme con el cual era necesario que el agente del Ministerio Público indicara la facultad constitucional que ejercía al interponerlo (la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales). Dicha exigencia, que no estaba contemplada en ninguna norma legal¹, fue recogida en la Sentencia de Unificación del 26 de febrero de 2018². Aunque los dos recurrentes solicitaron la anulación del laudo por la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la Sala considerará únicamente los argumentos expuestos en el recurso interpuesto por el Municipio y con base en

¹ Artículos 127 C.C.A. y 277 C.P.

² M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 36853.

el mismo, anulará el laudo.

I. ANTECEDENTES

A.- El contrato estatal objeto del laudo arbitral.

1.- El contrato objeto del laudo arbitral es el “Contrato de Concesión No. 003 del 1 de diciembre de 2006” celebrado entre la citada entidad pública y JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS.

2- La cláusula compromisoria que habilitó al tribunal de arbitramento fue pactada por las partes en la cláusula vigésima novena del contrato, en la que se lee:

“Cláusula compromisoria. Las diferencias que puedan surgir entre las partes y que no pueden ser resueltas directamente por ellas como consecuencia de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes, a falta de acuerdo por la Cámara de Comercio de San José de Cúcuta, el Tribunal fallará en derecho y funcionará en San José de Cúcuta. En las controversias de menor cuantía solo habrá un árbitro, la asignación, requerimiento, constitución, funcionamiento y demás aspectos del Tribunal de Arbitramento se seguirán por las disposiciones legales que regula la materia.”

3.- En la cláusula primera del contrato se establece su objeto, así:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. Por el presente contrato de concesión El Municipio de San José de Cúcuta, a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal entrega mediante contrato de concesión LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y RECAUDO DEL SERVICIO DE PARQUEADERO PARA LOS VEHÍCULOS PUESTOS A DISPOSICIÓN DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO MUNICIPAL EN LA CIUDAD DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA (...).

PARÁGRAFO PRIMERO. ALCANCE. La concesión o gestión del servicio debe permitirle al Parqueadero los Coches LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y RECAUDO DEL SERVICIO DE PARQUEADERO PARA LOS VEHÍCULOS PUESTOS A DISPOSICIÓN DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO MUNICIPAL EN LA CIUDAD DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, sin privatizar el servicio, pero concediéndole una exclusividad de (10) años, utilizando la capacidad técnica, económica y financiera de los particulares. Al respecto, es importante señalar que de conformidad con el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, se debe mantener el equilibrio económico en los contratos que se celebren.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Para el desarrollo de este objeto, se requiere la realización de las siguientes actividades: 1) Prestar el servicio de parqueadero a todos los vehículos inmovilizados que han violado las disposiciones del Código Nacional de Tránsito y Transporte por (sic). 2) Realizar el inventario detallado de cada vehículo que ingresa a los patios del parqueadero. 3. Expedición del recibo de ingreso del vehículo, detallando las especificaciones exigidas en los pliegos de

condiciones de la presente concesión. 5) Suministrar durante los primeros cinco días hábiles del mes siguiente reportes mensuales. 6) Entregar copias de respaldo de la información procesada durante el mes”.

4.- El pacto relativo a los riesgos del contrato se estipuló en la cláusula segunda en la que se estableció que al CONCESIONARIO le correspondía,

“15) En general dar cumplimiento a todas y cada una de las condiciones previstas en los pliegos de condiciones. PARÁGRAFO PRIMERO. El CONCESIONARIO deberá realizar todas las actividades que le sean necesarias para cumplir adecuadamente con el objeto del contrato, el cual ejecutará por su cuenta y riesgo. El MUNICIPIO en su calidad de CONCEDENTE, en lo relacionado con el objeto del contrato, no asume responsabilidad distinta a la dirección y vigilancia que debe ejercer.”

5.- Las obligaciones a cargo de Municipio se pactaron en la cláusula tercera del contrato, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO en su calidad de CONCEDENTE. Además de las previstas de manera general en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y las que le corresponde de acuerdo con la naturaleza del contrato de concesión, El CONCEDENTE asume por el presente contrato las siguientes obligaciones: 1) Hacer exigible al CONCESIONARIO el valor, la retribución pactada mediante el mecanismo previsto en la propuesta. 3) Hacer exigible al CONCESIONARIO, durante todo el periodo de la CONCESIÓN, el cumplimiento del pago del valor de la retribución económica a favor del municipio.”

6.- El valor del contrato y las obligaciones económicas a cargo del CONCESIONARIO se pactaron en la cláusula QUINTA en los siguientes términos:

“CLÁUSULA QUINTA. VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es de cuantía INDETERMINADA por cuanto su desarrollo no requiere de disponibilidad presupuestal alguna, su monto final está supeditado a la demanda por el servicio del parqueadero a satisfacer por parte de EL CONTRATANTE. EL CONTRATANTE retribuirá al CONCESIONARIO el veinte por ciento de los ingresos brutos de operación, de acuerdo a las tarifas establecidas por la Secretaría de Tránsito y Transporte, por la prestación del servicio de administración, operación, mantenimiento y recaudo del servicio de parqueadero, EL CONCESIONARIO recaudará este valor directamente del usuario del servicio objeto de la presente concesión, de acuerdo a la cantidad de vehículos que ingresen al parqueadero y que aparezcan relacionados en las actas”.

B.- La demanda arbitral.³

7.- Hechos

³ La demanda arbitral fue reformada razón por la cual es a ella que se hace referencia.

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

7.1.- El 1 de diciembre de 2006, el Municipio y el señor JOSE ALFONSO FUENTES CONTRERAS, suscribieron el contrato objeto del arbitramento al cual se refieren los Convocantes en el hecho quinto de la demanda como el *“supuesto contrato de concesión para la administración, operación, mantenimiento de los espacios destinados al parqueadero de vehículos puestos a disposición por la Secretaría de Tránsito Municipal, que han sido inmovilizados por choques y/o infracciones de tránsito y transporte, por el término de 10 años, con un porcentaje de participación del 20% a favor del Municipio San José de Cúcuta y el 80% a favor del contratista sobre los ingresos brutos del valor del parqueadero, según las tarifas establecidas por el mismo municipio.”*

7.2.- El Contratista falleció el 17 de octubre de 2011 y el municipio, mediante la resolución n.º 0346 de 23 de marzo de 2012, declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato y ordenó su liquidación en el término de cuatro meses. Los herederos del Contratista formularon recurso de reposición y de apelación contra tal resolución y ella fue confirmada en todas sus partes mediante las resoluciones n.º 0669 de 11 de mayo y 0265 de 12 de julio de 2012.

7.3.- Afirmaron los Convocantes en el hecho 9 de la demanda que, a partir de la ejecutoria de esta resolución, surgió para el Municipio la obligación de *“llevar a cabo la liquidación del contrato y efectuar los pagos correspondientes”*. Que, no obstante lo anterior, lo que hizo el Municipio fue designar, en varios actos administrativos posteriores, comités para liquidar el contrato y para realizar el inventario de los vehículos que se encontraban en el parqueadero. Que el inventario se llevó a cabo del 11 de julio de 2013 hasta el 16 de octubre del mismo año, arrojando un total de 1.393 motocicletas parqueadas en esta fecha. Y que el Municipio fijaba, mediante decretos anuales, las tarifas diarias (diurna y nocturna) del parqueadero y señalaba su monto.

7.4.- Señalaron que, para la fecha de la presentación de la demanda arbitral los vehículos relacionados en el inventario aún permanecían en el PARQUEADERO y no habían sido trasladados al nuevo concesionario *“generando perjuicios diarios a los actuales propietarios por la deuda del servicio de parqueadero desde la fecha de ingreso de cada uno de los vehículos automotores, demostrando el incumplimiento de la liquidación del contrato por parte de la Administración*

Municipal.”

7.5.- En el hecho 20 de la demanda, los convocantes afirmaron que *“han sufrido cuantiosos perjuicios imputables a los hechos y omisiones del Municipio de San José de Cúcuta-Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, pues, si bien el contrato 003 de 2006 consistente en almacenar los vehículos puestos a disposición de la Secretaría de Tránsito Municipal, terminó unilateralmente mediante la resolución 0346 del 23 de marzo de 2012, a la fecha en el Parqueadero Los Coches, continúan almacenando 1.393 motocicletas y 117 vehículos sin existir una obligación legal o contractual para continuar con el depósito de dichos automotores y la administración municipal no ha cancelado el valor adeudado del parqueadero de los mismos (ver anexo 24, 25 y 28 de la corrección de la demanda)”*.

7.6.- En el hecho 22 de la demanda, los convocantes afirmaron que tienen la condición de adjudicatarios de ***“los derechos correspondientes con el contrato No. 003 de 2006”*** de acuerdo con la escritura pública No. 1693 del 1 de junio de 2012”.

7.7.- En el hecho 23 de la demanda, los convocantes expresaron que ***“queda demostrado el incumplimiento reiterado y descarado por parte del Municipio de San José de Cúcuta-Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de la resolución 0346 del 23 de marzo de 2012”***.

7.8.- En los hechos 24, 25 y 26, los convocantes expusieron las diferencias que en su concepto existen entre el contrato de concesión y el contrato de depósito, y señalaron que ***“al margen de la denominación que las partes decidan darle al contrato, lo que determina realmente el objeto contractual es el objeto del contrato y la caracterización del contrato”***. Y en el hecho 27 concluyeron:

“Por lo anterior, tenemos que el contrato celebrado el día 1 de diciembre de 2006 entre el municipio de Cúcuta y el señor José Alfonso Fuentes Contreras, si bien las partes lo denominaron contrato de concesión, este no tiene ni el objeto ni las características del mismo, toda vez que su objeto no comprendía la ejecución de una (sic) servicios públicos, la construcción de una obra o la explotación de bienes a cargo del Estado, por el contrario el objeto del contrato era “servicio de parqueadero para los vehículos puestos a disposición por la Secretaría de Tránsito Municipal” (ver anexo 5 de la corrección de la demanda)”.

8.- Pretensiones

Los convocantes solicitaron en las pretensiones de la demanda arbitral:

“1. Que se declare que el contrato celebrado por el municipio de SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, denominado por la administración contrato de concesión No. 003 del 1 de diciembre de 2006, corresponde a un contrato de depósito de acuerdo a su naturaleza y características del mismo.”

“2.- Que se declare que el Municipio de San José de Cúcuta no liquidó el contrato No. 003 del 1 de diciembre de 2006 celebrado con el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, incumpliendo la resolución 0346 del 23 de marzo de 2012, por la cual declara la terminación unilateral del citado contrato y dispone la liquidación unilateral del mismo por un término máximo de cuatro meses.”

“3.- Que se liquide el contrato N° 003 del 1 de diciembre de 2006, celebrado entre el Municipio SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS.”

“4.- Como consecuencia de lo anterior, se condene al MUNICIPIO SAN JOSÉ DE CÚCUTA a pagar a los señores RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, JACKSON ALFONSO FUENTES RAMÍREZ y BRAYNER RONALDY FUENTES RAMÍREZ, en calidad de adjudicatarios de los derechos del contrato No. 003 del 2006, el 80% del valor del parqueadero de cada uno de los vehículos que fueron depositados por parte de la Secretaría de Tránsito Municipal en el PARQUEADERO LOS COCHES, desde la fecha de su ingreso hasta la fecha que la autoridad municipal haya efectuado retiro de los mismos.

“5.- Que se ordene el pago de la indexación, para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana del valor del servicio de parqueadero por el tiempo transcurrido desde la fecha de ingreso de cada uno de los vehículos hasta la fecha probable en que se haga efectivo el pago.”

“6.- Que se ordene el pago de los intereses moratorios al máximo (sic) legal autorizado por la Superintendencia Bancaria, desde el 12 de noviembre de 2012, fecha en que vencía el término para efectuar la liquidación del contrato de concesión y hasta que se produzca el pago total de la obligación demandada.”

“7.- Que se ordene el pago de las costas y agencias en derecho que se causen por adelantar las acciones judiciales correspondientes.”

“8.- Que se reconozca personería para actuar conforme al poder otorgado” (fl. 654 cuaderno 7),”

9.- El juramento estimatorio

Los convocantes, al realizar el juramento estimatorio, se limitaron a señalar:

“Bajo juramento manifiesto que los perjuicios a la fecha de presentación de la demanda los estimo razonadamente en una suma de DIECISEIS MIL MILLONES DE PESOS (\$16.000.000.000.00), por concepto de perjuicios materiales, lo anterior conforme el acervo probatorio en especial en las tablas de liquidación de vehículos (ver anexo 14, 15, 26 y 27)” (folio 655 de la reforma de la demanda).

C.- La defensa del Municipio convocado

10.- Contestación

10.1.- El Municipio se opuso a las pretensiones de la demanda y al referirse a los hechos narrados en los mismos insistentemente advirtió que, de acuerdo con el texto del contrato, el Contratista tenía a su cargo la obligación de **recaudo**.

10.2.- Al contestar el hecho 20 de la demanda, luego de afirmar que no era cierto lo afirmado por los convocantes, señaló:

“Por el contrario, de acuerdo a la cláusula quinta del contrato 0003, valor DL (sic) del contrato establece que: “EL VALOR DEL PRESENTE CONTRATO ES DE CUANTÍA INDETERMINADA POR CUANTO SU DESARROLLO NO REQUIERE DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL ALGUNA, SU MONTO FINAL ESTÁ SUPEDITADO A LA DEMANDA POR EL SERVICIO DE PARQUEADERO A SATISFACER POR PARTE DEL CONTRATANTE, EL CONTRATANTE RETRIBUIRÁ AL CONCESIONARIO EL VEINTE POR CIENTO DE LOS INGRESOS BRUTOS DE OPERACIÓN DE ACUERDO A LAS TARIFAS ESTABLECIDAS POR LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y RECAUDO DEL SERVICIO DE PARQUEADERO”.

10.3.- Al contestar el hecho 22, el Municipio resaltó que los derechos correspondientes al contrato que se adjudicaron a los CONVOCANTES, se valoraron en la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20'000.000), *“cifra que debe ser la estimada ya que esta denominación es la que está plasmada como acervo hereditario y la cuantificación nace de la voluntad de los herederos del causante.”*

10.4.- El municipio alegó la terminación del contrato por muerte del Contratista. Con base en esta circunstancia señaló que los convocantes no estaban legitimados en la causa. Señaló, además, que, si bien está pendiente la obligación de liquidar, su cumplimiento no compromete a las partes. Se opuso a la reclamación de perjuicios impetrada como quiera que el pago del servicio de parqueadero le correspondía a los usuarios o, lo que es lo mismo, a los propietarios de los vehículos y la responsabilidad de recaudo al Contratista. Además, señaló que el monto del juramento estimatorio no consulta el valor previsto en el trabajo de partición de la masa sucesoral del contratista fallecido, el cual ascendió a la suma de \$20.000.000.

11.- Excepciones

En el mismo escrito, el Municipio formuló las excepciones que denominó i) *“indebida representación”*, en la medida en que en el trabajo de partición se adjudicó a los señores Ruby Esmeralda, Jackson Alfonso y Brayner Ronaldy Fuentes Ramírez un establecimiento de comercio con número de matrícula mercantil 33853 de 28 de marzo de 1989, inexistente, en cuanto figura a nombre de la persona de José Alfonso Fuentes Contreras; ii) *“cuantía ya determinada”*, comoquiera que las pretensiones elevadas por los convocantes debían guardar correspondencia con el valor adjudicado en la sucesión, el cual ascendió a la suma de \$20 000 0000; iii) *“competencia del Tribunal”*, en razón de la muerte del contratista; iv) *“caducidad de la acción”*, pues al momento de la demanda habían transcurrido más de dos años contados a partir de la ejecutoria de la resolución nº. 0265 de 12 de marzo de 2012, que agotó la vía gubernativa; v) *“indebida tasación de las pretensiones”*, toda vez que el valor del contrato de concesión estaba determinado en el trabajo de partición; vi) *“causación de la obligación”*, en la medida en que las pretensiones económicas debían estar soportadas en la contabilidad del Parqueadero Los Coches y en las cuentas por cobrar del señor Fuentes Contreras; vii) *“falta de metodología”* para realizar el inventario de los vehículos, pues, al parecer de la entidad, no se contaba con los reportes de la autoridad de tránsito; viii) *“litisconsorcio necesario”*, comoquiera que los propietarios de los vehículos no fueron vinculados a la actuación; ix) *“enriquecimiento sin causa”*, dado que el inmueble donde funciona el parqueadero es de propiedad del municipio, por lo que debe establecerse la responsabilidad por los arrendamientos dejados de pagar, pues *“el concesionario está usufructuando bajo el objeto del contrato de concesión, unos bienes que no son de su propiedad”*; x) *“cobro de lo no debido”*, toda vez que el señor Fuentes Contreras adquirió las mejoras del lote de terreno en donde se localiza el Parqueadero Los Coches, no contempladas en el contrato de concesión y xi) la genérica (fls. 663-671 cuaderno 4).

II. EL LAUDO ARBITRAL

A. Contenido de la decisión

12.- Previo a abordar el análisis del fondo del asunto, el Tribunal de Arbitramento, señaló las razones por las cuales encontraba acreditada la legitimación en la

causa por activa de los convocantes. Precisó que, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 1563 de 2012, la cláusula compromisoria goza de autonomía frente al contrato del que hace parte y que por lo tanto, la prohibición de cesión de los contratos estatales sin autorización de la entidad pública -artículo 41 de la Ley 80 de 1993-, solo cubre al contrato que da lugar a la controversia judicial. En este orden, estableció que la cláusula compromisoria se convino como un mecanismo de solución de controversias, sin efecto respecto del objeto contractual; de ahí que, en concepto del Tribunal, los herederos del señor José Alfonso Fuentes Contreras, convocantes en el *sub lite*, están legitimados para reclamar judicialmente los créditos y obligaciones derivados de la relación contractual que en vida tuvo su padre con la administración. Al respecto, señaló:

*“No se discute la prohibición de que los contratos estatales sean transmitidos por sucesión por causa de muerte, pero lo que ocurre es que la cláusula compromisoria no forma parte del objeto a ejecutar por parte del contratista, sino apenas es un mecanismo de solución de la controversia. En consecuencia, si la controversia como tal sí puede ser materia de sucesión, no cabe la menor duda que la estipulación para solucionar la controversia, esto es, la cláusula compromisoria se recibe en sucesión por causa de muerte.
(..)*

*“Entonces lo que ocurre en el caso concreto es el fenómeno de una sucesión procesal en los términos previstos en el artículo 68 del Código General del Proceso, debiendo aplicarse las reglas allí previstas para determinar quienes asumen la posición de demandante dentro del proceso arbitral. De la misma manera que ocurriría ante la justicia ordinaria del Estado en caso de fallecimiento de quien ocuparía la posición de demandante (José Alfonso Fuentes Contreras en el caso concreto), son sus herederos quienes deben comparecer ante el juez, en este caso, el juez arbitral, quien fue el habilitado por las partes en controversia para resolverse.
(..)*

*“De otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando ocurre la sucesión por causa de muerte **no ocurre una cesión del contrato, sino que lo que es objeto de transmisión es los créditos y obligaciones derivados del contrato, como resulta claro del artículo 1008 del Código Civil. En ese orden de ideas, al fallecer José Alfonso Fuentes Contreras, sus herederos no recibieron el contrato celebrado con el Municipio de Cúcuta, sino los créditos y obligaciones derivadas de ese contrato, junto con la posibilidad de reclamarlos judicialmente**”.*

13.- Preciado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar la naturaleza del contrato para lo cual distinguió el depósito de la concesión, y se refirió a las características y finalidades de cada uno.

14.- A partir de lo anterior, el Tribunal concluyó que el contrato objeto del proceso no era un contrato concesión, como fue denominado por las partes, sino un contrato de depósito. Se transcribe textualmente lo expresado en el laudo para

resaltar que, en relación con un punto que era crucial al analizar el contenido del contrato, como era la determinación de quién recaudaba la tarifa del parqueadero, el Tribunal hace afirmaciones contradictorias: en unos apartes indica que los usuarios la pagaban al Municipio y en otros que le pagaban al Contratista.

*“De acuerdo con lo pactado en las cláusulas transcritas, el objeto del contrato celebrado consiste en que el contratista debía acondicionar el lote de propiedad privada dispuesto para recibir en él los vehículos puestos a disposición por parte de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta y una vez recibidos los vehículos custodiarlos hasta su restitución, todo ello a cambio de un precio consistente en un porcentaje **del valor que los propietarios de los vehículos deben cancelar al Municipio de Cúcuta.***

*“Como puede verse, si los elementos esenciales del contrato de depósito son (i) la entrega de una cosa corporal, bien mueble; (ii) las labores de custodia sobre dicho bien mueble; (iii) la obligación de devolver el bien recibido y (iv) en caso de ser un depósito comercial, el pago de un precio por la custodia del bien recibido, no cabe duda de que el Contrato 03 de 1 de diciembre de 2006 es un contrato de depósito. En efecto, en el caso concreto, (i) el contratista recibe los vehículos puestos a disposición de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta, esto es, existe una entrega de bienes muebles; (ii) el contratista debe custodiar los vehículos recibidos, hasta el punto que debe “responder en todos los casos por el servicio prestado a los usuarios”; (iii) una vez cumplidos los requisitos por parte de los propietarios de los vehículos para que retiren los mismos, el contratista debe devolver los vehículos recibidos y (iv) **por esas labores, el contratista recibirá un precio consistente en un porcentaje del valor que los propietarios de los vehículos deben cancelar al Municipio de Cúcuta.***

“A su vez, de acuerdo con la anterior descripción, no se cumplen los requisitos propios de un contrato de concesión, por lo siguiente:

- *Se afirma en el contrato que se entrega la organización, prestación y explotación del servicio público de parqueadero para los vehículos puestos a disposición de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta. Sin embargo, dicha actividad no constituye un servicio público como tal, pues no se trata de una actividad prestacional hacia terceros, como lo dice la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003, sino que en realidad simplemente está prestando un servicio al Estado de tener custodia de los mencionados vehículos a cambio de un precio. En ningún momento existía la organización, gestión o prestación de un servicio público, por lo cual no puede decirse que se trata de un contrato de concesión de servicios públicos.*
- *Por otra parte, de las actividades a cargo del contratista, pactadas en el contrato, no se desprende si es posible entender que le corresponda la conservación, mantenimiento y explotación de un bien o una obra de dominio del Municipio de Cúcuta, puesto que en ningún momento se está satisfaciendo el interés público mediante la utilización de un bien inmueble de dominio público. Lo anterior es tan cierto que, de un lado, el lote no es de propiedad del Municipio de Cúcuta como se demostró en el dictamen pericial rendido por Milton Alberto Porras Arias y se evidencia en el informe de evaluación de la licitación pública que dio lugar al contrato mediante acta de 3 de noviembre de 2006, en el que en el numeral 1.3 b) se requirió solamente demostrar la posesión del inmueble porque el mismo pliego de condiciones no exigía que el contratista acreditara propiedad sobre el lote de terreno en el que funcionaría el parqueadero y, de otro, el objetivo del contrato no era construir ni explotar un bien público, sino recibir para*

custodia y conservación los vehículos puestos a su disposición.

“Finalmente, destaca el Tribunal que en la Cláusula Quinta se convino por las partes que el depósito fuese oneroso, característica propia del contrato de depósito mercantil, como lo ha dicho el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de julio de 2003, radicación 13926.

*“En efecto, el municipio retribuiría al contratista con un porcentaje de los ingresos brutos de operación por la prestación del servicio de administración, operación, mantenimiento **y recaudo del servicio de parqueadero, valor que el contratista recaudaría directamente del usuario del servicio objeto del contrato.**”*

15.- Establecida la naturaleza del vínculo obligacional, el Tribunal concluyó en sus consideraciones que las potestades excepcionales de caducidad y de terminación unilateral consignadas en las cláusulas décima novena y trigésima segunda del contrato N.º 003 de 1º de diciembre de 2006 adolecían de <<objeto ilícito>> porque el contrato de depósito no se encontraba entre aquellos en los que era permitido pactar este tipo de cláusulas.

16.- Las consideraciones expuestas para sustentar la anulación de las cláusulas contractuales se desarrollan de la página 999 a la página 1010 del laudo arbitral.

17.- Luego de anunciar que se declararía la nulidad de la cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato, los árbitros concluyeron que había operado el decaimiento del acto administrativo de terminación unilateral puesto que – según su entender – dicho acto tenía fundamento en las cláusulas excepcionales afectadas de nulidad absoluta.

18.- Al concluir que el acto de terminación unilateral por muerte había *decaído* o había pedido fuerza ejecutoria el Tribunal también declaró, en las consideraciones del laudo, que el contrato se encontraba vigente y encontró viable condenar al Municipio al pago de los perjuicios causados por su incumplimiento, hasta el momento del laudo.

19.- Así las cosas, sin hacer ninguna referencia a los requisitos legales del juramento estimatorio, el Tribunal consideró que a partir de lo dicho por la convocante en este capítulo de la demanda era posible condenar al Municipio habida cuenta de que este no objetó el citado juramento.

20.- Expuso el Tribunal en los apartes más relevantes de sus consideraciones, las cuales se transcriben *in extenso* porque su atenta lectura permite entender fácilmente la anulación del laudo que se dispone en esta providencia:

“La importancia de la pretensión:

“Es de la mayor importancia precisar y definir la naturaleza jurídica de los contratos, esto por las consecuencias jurídicas que ello genera, como quiera que de la ubicación y clasificación del mismo dependen capitales cuestiones como los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, el alcance de las mismas obligaciones asumidas, entre otras. Por ello se debe determinar si el contrato 003 de 1 de diciembre de 2006 tiene la naturaleza de contrato de depósito, como lo alega el demandante, o de concesión, como se pactó en el mismo.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de junio de 2013, radicación 23.730, ha entendido que la identificación de un esquema negocial depende, más que del nomen juris dado por las partes, del hallazgo y constatación de elementos estructurales que se consideran como de su esencia.

“...En la misma línea jurisprudencial se ha indicado que es esencial para el análisis de las relaciones contractuales que el juez se entere de qué fue lo que convinieron las partes, prosiguiendo con la valoración jurídica de lo pactado para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan.

(..)

“En el caso concreto del contrato 03 de 1 de diciembre de 2006, la denominación precisada por las partes carece de la estructuración completa de los elementos esenciales de la tipología contractual del contrato de concesión, cumpliendo, por el contrario, con los requisitos establecidos para el contrato de depósito.

“... De acuerdo con lo pactado en las cláusulas transcritas, el objeto del contrato celebrado consiste en que el contratista debía acondicionar el lote de propiedad privada dispuesto para recibir en él los vehículos puestos a disposición por parte de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta, y una vez recibidos los vehículos custodiarlos hasta su restitución, todo ello a cambio de un precio consistente en un porcentaje del valor que los propietarios de los vehículos deben cancelar al Municipio de Cúcuta.

Como puede verse, si los elementos esenciales del contrato de depósito son **(i)** la entrega de una cosa corporal, bien mueble; **(ii)** las labores de custodia sobre dicho bien mueble; **(iii)** la obligación de devolver el bien recibido y **(iv)** en caso de ser un depósito comercial, el pago de un precio por la custodia del bien recibido, **no cabe duda de que el Contrato 03 de 1 de diciembre de 2006 es un contrato de depósito.** En efecto, en el caso concreto, **(i)** el contratista recibe los vehículos puestos a disposición de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta, esto es, existe una entrega de bienes muebles; **(ii)** el contratista debe custodiar los vehículos recibidos, hasta el punto que debe "responder en todos los casos por el servicio prestado a los usuarios"; **(iii)** una vez cumplidos los requisitos por parte de los propietarios de los vehículos para que retiren los mismos, el contratista debe devolver los vehículos recibidos y **(iv)** **por esas labores, el contratista recibirá un precio consistente en un porcentaje del valor que los propietarios de los vehículos deben cancelar al Municipio de Cúcuta.**

A su vez, de acuerdo con la anterior descripción, no se cumplen los requisitos propios de un contrato de concesión, por lo siguiente:

Se afirma en el contrato que se entrega la organización, prestación y explotación del servicio público de parqueadero para los vehículos puestos a disposición de la Secretaría de Tránsito de Cúcuta. Sin embargo, dicha actividad no constituye un servicio público como tal, pues no se trata de una actividad prestacional hacia terceros, como lo dice la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003, sino que en realidad simplemente está prestando un servicio al Estado de tener custodia de los mencionados vehículos a cambio de un precio. En ningún momento existía la organización, gestión o prestación de un servicio público, por lo cual no puede decirse que se trata de un contrato de concesión de servicios públicos.

Por otra parte, de las actividades a cargo del contratista, pactadas en el contrato, no se desprende si es posible entender que le corresponda la conservación, mantenimiento y explotación de un bien o una obra de dominio del Municipio de Cúcuta, **puesto que en ningún momento se está satisfaciendo el interés público** mediante la utilización de un bien inmueble de dominio público. Lo anterior es tan cierto que, de un lado, el lote no es de propiedad del Municipio de Cúcuta como se demostró en el dictamen pericial rendido por Milton Alberto Porras Arias y se evidencia en el informe de evaluación de la licitación pública que dio lugar al contrato mediante acta de 3 de noviembre de 2006, en el que en el numeral 1.3 b) se requirió solamente demostrar la posesión del inmueble porque el mismo pliego de condiciones no exigía que el contratista acreditara propiedad sobre el lote de terreno en el que funcionaría el parqueadero y, de otro, el objetivo del contrato no era construir ni explotar un bien público, sino recibir para custodia y conservación los vehículos puestos a su disposición.

Finalmente, destaca el Tribunal que en la Cláusula Quinta se convino por las partes que el depósito fuese oneroso, característica propia del contrato de depósito mercantil, como lo ha dicho el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de julio de 2003, radicación 13926.

En efecto, **el municipio retribuiría al contratista con un porcentaje de los ingresos brutos de operación por la prestación del servicio de administración, operación, mantenimiento y recaudo del servicio de parqueadero**, valor que el contratista recaudaría directamente del usuario del servicio objeto del contrato.

En conclusión, de la lectura del clausulado del contrato 03 de 1º de diciembre de 2006 se puede concluir con certeza que, de acuerdo con sus elementos esenciales, nos encontramos con un contrato de depósito y de ninguna manera estamos en presencia de un contrato de concesión, por carencia de los elementos medulares de este último. **Por ello, el Tribunal dará prosperidad a la pretensión 1 de la reforma de la demanda.**

Consecuencias de que se trate de un contrato de depósito de cara a las cláusulas excepcionales pactadas

Las cláusulas excepcionales se caracterizan por ser una manifestación de cláusula natural respecto de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por el cual será de obligatoria inclusión en los contratos que, en los términos de dicha norma, tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, los contratos de prestación de servicios públicos, los de explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra, de modo que aun cuando no se pacten expresamente en el texto del contrato, las mismas se

entienden incluidas; y también como cláusula accidental siguiendo el precepto legal del inciso segundo de esta misma norma, que establece una facultad potestativa para incluirlas en los contratos de prestación de servicios y de suministro.

Además de lo anterior, el párrafo del artículo 14 referido prohíbe pactar estas cláusulas en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación, arrendamiento, y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales que no correspondan a las señaladas en aquellos contratos en las que su inclusión es obligatoria o potestativa, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

“...En este orden de ideas, el Tribunal comparte la posición de que en los contratos no mencionados en el artículo 14 no podrán pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, porque de lo contrario no tendría sentido la previsión que permite su inclusión solo en los contratos de suministro y prestación de servicios, por lo que las entidades estatales no podrán incluir en los contratos no mencionados en el artículo 14 este clausulado, ni aun con el consentimiento del contratista, basándose en el principio de legalidad, que obliga a los servidores públicos a hacer solo aquello que les está permitido, y si se incluyeren estas cláusulas se tendrán por no escritas y acarrearán nulidad del acto que se profiera con sujeción a ellas.

“...En el caso concreto, las potestades excepcionales de caducidad y de terminación unilateral que se encuentran consignadas en las cláusulas décima novena y trigésima segunda del contrato 03 de 1 de diciembre de 2006 celebrado entre el Municipio de San José de Cúcuta y el señor José Alfonso Fuentes Contreras deben ser anuladas en la medida en que el mismo es de depósito y dicha tipología no se encuentra enlistada dentro de los contratos en los que se entienden pactadas estas cláusulas ni en aquellos en los que se autoriza su inclusión en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, toda vez que las mismas implican un objeto ilícito por estipularse contra expresa prohibición legal y por lo tanto ser cláusulas legalmente imposibles en este tipo de contrato.

En efecto, los artículos 1518 y 1519 del Código Civil establecen que el objeto ilícito consiste en que las cosas que son objeto del acuerdo de voluntades deben existir en el mundo real y ser susceptibles de comercialización y que no sean contrarias a la naturaleza ni estén prohibidas por la ley o sean contrarias a las buenas costumbres y al orden público.

Entonces, el objeto ilícito implica que el objeto de las cláusulas contractuales sea física y jurídicamente posible, por lo que habrá objeto ilícito si el objeto de lo pactado es algo que no es posible ejecutarse materialmente o si transgrede alguna norma jurídica, situaciones que configuran una nulidad absoluta de la cláusula específica o del contrato en su totalidad.

(..)

De acuerdo con lo anterior, **objeto ilícito del contrato por violación de normas es causa de nulidad absoluta, y a ello se suma en el caso de contratos estatales la causal mencionada en el artículo 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 de la celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.**

(..)

Teniendo en cuenta todo lo anterior, dado que el contrato 03 de 1 de diciembre de 2006, en realidad obedece a la naturaleza jurídica del depósito y no de la concesión, como se explicó anteriormente y que por tal razón el mismo no puede contener ninguna de las cláusulas excepcionales al derecho común del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, **el Tribunal declarará la nulidad absoluta de las cláusulas décima novena y trigésima segunda por objeto ilícito en la parte resolutive de esta providencia, con los efectos que le corresponden por mandato legal.**

IV.- LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (PRETENSIONES 2 Y 3 DE LA DEMANDA)

En las pretensiones 2 y 3 de la demanda, se solicita lo siguiente:

2.- Que se declare que el Municipio de San José de Cúcuta no liquidó el contrato No. 003 del 1 de diciembre de 2006 celebrado con el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, **incumpliendo la resolución 0346 del 23 de marzo de 2012**, por la cual declara la terminación unilateral del citado contrato y dispone la liquidación unilateral del mismo por un término máximo de cuatro meses.

3.- Que se liquide el contrato N° 003 del 1 de diciembre de 2006, celebrado entre el Municipio SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS.

Para resolver estas pretensiones, en primer lugar, **el Tribunal recuerda que la liquidación del contrato estatal consiste en el corte final de cuentas entre las partes contratantes, en la cual debe quedar precisamente reflejado lo pactado entre ellas y lo ejecutado al respecto**, así como lo debido y lo pertinente, junto con las conciliaciones, transacciones, descuentos, compensaciones y demás aspectos que reflejen lo ocurrido en la relación contractual y que tenga un efecto directo en las resultas del contrato, principalmente por el impacto económico en el mismo respecto de lo inicialmente acordado entre contratante y contratista.

Sin embargo, de acuerdo con los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, vigentes al momento de la celebración del contrato 03 de 1 de diciembre de 2006, la liquidación del contrato es una operación que necesariamente debe hacerse sobre el contrato debidamente terminado. Es decir, que no resulta procedente la liquidación de un contrato que aún se encuentra en ejecución.

“De acuerdo con lo anterior, para resolver la viabilidad de las anteriores pretensiones debe determinarse si la relación contractual que surgió entre José Alfonso Fuentes Contreras y el Municipio de San José de Cúcuta aún se encuentra vigente o ya se terminó.

Al respecto, encuentra el Tribunal que mediante Resolución 0346 del 23 de Marzo de 2012, el Secretario de Dirección, Control, Tránsito y Transporte del Municipio, declaró la terminación unilateral de forma anticipada del Contrato 03 de 2006, por haberse dado la muerte del contratista, decisión que fue confirmada por la Resolución 0669 del 11 de Mayo de 2012. Es decir, que el Municipio de Cúcuta, haciendo uso de la cláusula excepcional de terminación unilateral, finalizó anticipadamente el vínculo contractual existente con José Alfonso Fuentes Contreras.

En relación con esa situación del contrato, en primer lugar, advierte el Tribunal que de acuerdo con lo dicho antes, **se declarará la nulidad absoluta de las cláusulas décima novena y trigésima segunda por objeto ilícito en la parte resolutive de esta providencia, esto es, de las cláusulas** excepcionales pactadas y que permitían, entre otros, la terminación unilateral del contrato, lo cual implica que desaparecen del ordenamiento jurídico, de forma retroactiva, los fundamentos de derecho de las Resoluciones 0346 y 0669 de 2012, por las cuales se terminó

unilateralmente el contrato. Esa desaparición aparece como consecuencia la ocurrencia del fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria de dichos actos administrativos.

(..)

En relación con ese atributo de los actos administrativos, el artículo 91 del CPACA ha establecido un amplio catálogo de casos en los cuales se produce el fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, esto es, que desaparece el carácter ejecutorio de los actos ya explicado y, por lo mismo, los actos administrativos pierden su obligatoriedad.

Sin embargo, de ese amplio catálogo de fenómenos que dan lugar a la pérdida de fuerza ejecutoria a los cuales se refiere el mencionado artículo 91 del CPACA, para efectos de solucionar la situación presentada, se destaca el caso de “cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”, fenómeno conocido como el decaimiento del acto administrativo, el cual, según el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, expediente 37.785, “corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia o al desaparecer sus fundamentos de derecho deja de producir efectos jurídicos.

“En el caso concreto, como se expresó antes, el Tribunal declarará la nulidad absoluta de las cláusulas décima novena, que es precisamente la norma contractual en la cual se fundamentó la expedición de los actos administrativos de terminación unilateral, lo cual implica que desaparecen los fundamentos de derecho de las resoluciones 0346 y 0669 de 2012, por las cuales se terminó unilateralmente el contrato.

“En este caso, el tribunal simplemente pone de presente que se ha producido el decaimiento del acto de terminación unilateral por haberse declarado la nulidad de las cláusulas contractuales que le daban sustento, con lo que es claro que en momento alguno ha excedido su competencia por no estar desarrollando un estudio sobre la legalidad de dicho acto. Como puede verse, las apreciaciones del Tribunal están circunscritas exclusivamente a los efectos del acto y no a la validez del mismo.

En ese orden de ideas, frente a la pregunta inicial que se planteó el Tribunal de Arbitramento en el sentido de si el Contrato 03 de 1 de diciembre de 2006 se terminó o aún se encuentra vigente, **debe responderse que si bien la terminación unilateral contenida en las Resoluciones 0346 y 0669 de 2012 ha perdido fuerza ejecutoria, el contratista efectivamente en la actualidad no existe y en consecuencia al desaparecer una de las partes de la relación contractual, es procedente que el Tribunal de Arbitramento como juez del contrato liquide el mismo en el marco de la reclamación de los derechos económicos que invocan los convocantes de este proceso arbitral.**

Por ello, el Tribunal reconocerá parcialmente la pretensión 2 y totalmente la pretensión 3 de la demanda **y declarará que el contrato objeto de la controversia no se ha liquidado pero no que se ha incumplido el acto administrativo de terminación unilateral ni los actos posteriormente expedidos por la administración en atención a la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo y procederá a liquidar el referido contrato en los términos que se expresan a continuación.**

La liquidación del contrato consiste en el corte final de cuentas entre las partes contratantes en la cual debe quedar reflejado lo pactado entre ellas y lo que fue ejecutado, así como lo debido y lo pertinente, las conciliaciones, transacciones, descuentos, compensaciones y demás aspectos que reflejen lo que haya ocurrido en la ejecución de la relación contractual y que tenga un interés directo en el

contrato, principalmente por el impacto económico en el mismo respecto de lo inicialmente acordado entre las partes. Entonces, es la última formalidad del contrato estatal, que es obligatoria en los contratos de tracto sucesivo o cuya ejecución se prolongue en el tiempo en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Como el contrato objeto de esta controversia es de depósito en los términos ya explicados, el mismo es de tracto sucesivo y por lo tanto debe ser liquidado, para lo cual debe acudir al contenido del artículo 141 del CPACA que consagra como pretensión de controversias contractuales como medio de control de las actuaciones del Estado, norma que dispone que “cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas, restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”, lo que claramente incluye la posibilidad de pretender en el marco de un proceso judicial que se proceda a la liquidación de la relación contractual.

Es así como, es claro para el Tribunal que la liquidación de los contratos estatales puede realizarse de mutuo acuerdo o unilateralmente dentro del término de caducidad de la acción contractual, el cual es de dos años contados a partir del vencimiento del término de ley para que la administración profiera un acto administrativo con tal fin (artículo 164 del CPACA), lo que evidencia que este mecanismo judicial puede utilizarse para efectos de realizarse la liquidación del contrato estatal.

Teniendo clara la competencia del juez del contrato para efectos de la liquidación del contrato estatal, es preciso recordar que la liquidación judicial puede solicitarse no solamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sino que también es posible como pretensión en sede arbitral, y en ambos casos solicitada la liquidación en sede judicial y admitida la misma, la entidad pública contratante pierde la competencia para proceder a ella de forma unilateral.

(..)

Entonces este Tribunal de Arbitramento tiene plena competencia para liquidar judicialmente el contrato 03 de 1 de diciembre de 2006, tal como se afirmó al momento de asumirse la competencia y por ello procede a liquidar, habida cuenta de la inexistencia de oposición de la parte convocada y de la ausencia de méritos probatorios para no acceder a la solicitud de la parte convocante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal declara liquidado el contrato y, por lo tanto, respecto de lo relacionado en la anterior liquidación, no habrá lugar a posteriores reclamaciones, quedando extinguidas las obligaciones surgidas entre las partes con ocasión del contrato liquidado, y resueltas todas las inquietudes y diferencias puestas en conocimiento del Tribunal.

V. RESPECTO DE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS VALORES ADEUDADOS A LOS CONVOCANTES POR EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL (PRETENSIÓN 4 DE LA DEMANDA).

Teniendo en cuenta **la procedencia de la liquidación del contrato contenida en la pretensión 3 de la demanda a partir del reconocimiento de su naturaleza jurídica como de depósito, corresponde ahora al Tribunal efectuar la verificación de los valores que se adeudan a los causahabientes del contratista fallecido, correspondientes al 80% del valor del parqueadero de cada uno de los vehículos que fueron depositados por parte de la Secretaría de Tránsito Municipal en el Parqueadero Los Coches desde la fecha de su**

ingreso hasta la fecha que la autoridad municipal haya efectuado retiro de los mismos, que es la pretensión 4 de la demanda arbitral.

Para el efecto, el Tribunal debe hacer las siguientes precisiones:

1.- *Está probado dentro del proceso con el dictamen pericial rendido por el perito ANTONIO ORLANDO CAICEDO el número de vehículos y motos que reposan en el parqueadero Los Coches, las fechas de ingreso de los mismos y su permanencia en dicho lote a la fecha de elaboración del dictamen (folio 1 al 121 cuaderno principal 7).*

2.- *Se encuentran allegados al proceso los actos administrativos que contienen las tarifas de parqueadero desde el año 2007 hasta el año 2014, emitidos por la autoridad municipal correspondiente (folio 154 al 243 cuaderno principal 1).*

3.- *El demandante juramentó la cuantía del proceso en su escrito de demanda por la suma de \$16.000.000.000.00, la que no fue objetada por la parte demandada (folio 656 cuaderno principal 4).*

4.- *En el contrato 03 de 1 de diciembre de 2006 no se pactaron intereses moratorios aplicables al pago del valor del contrato en favor del contratista.*

Las anteriores premisas son importantes por las siguientes razones:

El artículo 206 del Código General del Proceso, en cuanto al juramento estimatorio consagra:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

De acuerdo con la norma transcrita, el juramento estimatorio de la cuantía que hace el demandante en un proceso se convierte en el valor máximo por el cual podrá condenar el juez que conoce la causa cuando se han probado los perjuicios aducidos y solamente podrá exceder dicho valor cuando se encuentren probados dentro del proceso perjuicios que hayan ocurrido luego de haberse presentado la demanda o cuando la parte demandada objete la cuantía juramentada por el demandante.

En el caso concreto, el Tribunal encuentra que el demandante en sus alegatos de conclusión hace una cuantificación de perjuicios de acuerdo con su pretensión, esto es, cuantifica por la totalidad de vehículos y motos que se encuentran depositados en el parqueadero a la fecha de presentación de dichas alegaciones por valor de \$36.710.493.820, desconociendo que en su escrito de demanda juramentó como cuantía el valor de \$16.000.000.000.00, y que como tal valor no fue objetado por la parte demandada, si bien el valor aducido en los alegatos de conclusión se encuentra demostrado con la verificación de los vehículos en el sitio del parqueadero y las tarifas del parqueadero ordenadas por la autoridad municipal, los perjuicios causados a la fecha de presentación de la demanda (17 de junio de 2014) deben limitarse al valor fijado en el juramento estimatorio de la cuantía contenido en la reforma de la demanda arbitral.

No obstante, se recuerda que el valor de la cuantía puede y debe ser actualizado dando aplicación a la fórmula establecida en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado como lo ordena el artículo 187 CPACA.

Ahora bien, dando igualmente aplicación a la norma citada, se tiene que como los vehículos y las motos siguen aparcados en el terreno del parqueadero Los Coches al momento de haberse efectuado el dictamen pericial correspondiente y que la parte demandada no allegó al proceso prueba alguna de haberlos retirado antes de proferirse la presente providencia, están plenamente probados los perjuicios causados desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del laudo, y en esa medida el Tribunal entrará a reconocer los mismos dentro de la excepción al tope del juramento estimatorio que consagra el Código General del Proceso.

B.- El pronunciamiento sobre las excepciones

21.- El Tribunal se pronunció sobre las excepciones propuestas, en los siguientes términos:

22.- En cuanto a la “INDEBIDA REPRESENTACIÓN” señaló que dentro del proceso está probado que el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, con quien se celebró el contrato objeto de esta controversia, es en efecto el propietario del establecimiento de comercio PARQUEADERO LOS COCHES y que en la escritura pública No. 1693 del 1º de junio de 2012 que contiene la sucesión del señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS registra que el establecimiento de comercio denominado PARQUEADERO LOS COCHES, que era el del causante, **junto con los derechos económicos correspondientes al contrato 03 de 1 de diciembre de 2006, se le adjudicaron a RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, BRAYNER RONALDY FUENTES RAMÍREZ**

y **JACKSON ALFONSO FUENTES**, demandantes en este proceso. Por tanto, desestimó la excepción.

23.- Sobre la excepción denominada "*CUANTÍA YA DETERMINADA*", el Tribunal también la desestimó, en cuanto la cláusula quinta del contrato claramente expresa que la cuantía era indeterminada y que el valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000) se estipuló solo para efectos fiscales, de manera que las pretensiones económicas que se encuentran en la demanda no tienen que estar limitadas a este último valor **en la medida en que lo que reclaman los convocantes es la indemnización por los perjuicios causados por el Municipio de Cúcuta por situaciones derivadas de la ejecución contractual, esto es, por el no pago del valor de parqueadero de cada vehículo que fue depositado por la Secretaría de Tránsito en el PARQUEADERO LOS COCHES desde su ingreso hasta su retiro efectivo.**

24.- En relación con la excepción de "*COMPETENCIA DEL TRIBUNAL*", el Tribunal de Arbitramento se remitió a lo señalado en el auto en el que se asumió la competencia, en cuanto la cláusula compromisoria **cobija cualquier diferencia entre las partes por la celebración, ejecución o liquidación del contrato celebrado, competencia de la justicia arbitral y no del juez contencioso administrativo.**

25.- En lo atinente a la excepción de caducidad de la acción, los árbitros la desestimaron, **en la medida en que el plazo del contrato aún sigue vigente.**

26.- Respecto de la excepción de "*CAUSACIÓN DE LA OBLIGACIÓN*", el Tribunal sostuvo que los perjuicios se **encuentran plenamente demostrados con el juramento estimatorio y el peritaje que daba cuenta de la cantidad de vehículos que permanecen en el parqueadero, cotejada con los registros de entrada de los mismos, así como las tarifas de parqueadero establecidas por la misma entidad territorial, en los términos explicados, por lo que era evidente la causación de la obligación de pago por parte del Municipio de Cúcuta**, habida cuenta de la naturaleza de la relación contractual, cual es la propia del depósito mercantil. La mencionada estimación no fue controvertida ni tachada de falsa por la parte convocada. Bajo el mismo derrotero se desestimó la excepción denominada "*FALTA DE METODOLOGÍA*".

27.- La excepción de *"LITIS CONSORCIO NECESARIO"* **se declaró infundada, toda vez que** la solicitud presentada no señaló quiénes debían ser vinculados.

28.- En cuanto a la excepción de *"ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA"* los árbitros señalaron que, de conformidad con el certificado de libertad y tradición del lugar donde funciona el Parqueadero Los Coches, éste no pertenece al Municipio de Cúcuta, ya que según investigación de información recabada, éste dejó de pertenecer al mismo desde el 16 de Junio de 1970 fecha en la cual el Alcalde y personero de turno realizaron la venta a favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; toda vez que según Acuerdo Municipal n.º 12 del 02 de Octubre de 1964 se había creado la Ciudadela Industrial Municipal denominada hoy como Zona Industrial según el P. O. T. vigente.

29.- Respecto a la excepción de *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, el Tribunal también la declaró infundada, pues la obligación del contratista era la de tener disponible el lote de terreno, sin que se exigiera que el mismo fuera su propietario, de manera que el ejecutor depositario de los vehículos podía establecer cualquier relación contractual con el propietario del lote en donde operaba el Parqueadero Los Coches y la misma sería legítima, constituyéndose en una relación interna entre tales partes que es ajena a la controversia y que escapa de la competencia de este Tribunal. Además, las mejoras efectuadas al lote de terreno no estaban contempladas en el contrato y escapan a la pretensión de condena, esto es, el 80% del valor del parqueadero de cada uno de los vehículos que fueron depositados por parte de la Secretaria de Tránsito Municipal en el PARQUEADERO LOS COCHES desde la fecha de su ingreso hasta la fecha que la autoridad municipal haya efectuado retiro de los mismos, de modo que carece de fundamento la excepción y por lo tanto, la misma no era procedente.

C.- Las resoluciones del laudo arbitral

30.- En las resoluciones de laudo textualmente se dispuso:

"PRIMERO: Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada a los dictámenes rendidos por los peritos MILTON ALBERTO PORRAS y ANTONIO ORLANDO CAICEDO BARRERA, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Denegar en su totalidad las excepciones de mérito propuestas por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar que el contrato celebrado por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, denominado por la administración Contrato de Concesión No. 003 de 1 de diciembre de 2006, corresponde a un contrato de depósito de acuerdo a su naturaleza y características del mismo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la primera pretensión de la reforma de la demanda.

CUARTO: Declarar que el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA no liquidó el Contrato No. 003 de 2006 celebrado con el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, pero negar que el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA incumplió la Resolución 346 de 2012, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera parcialmente la segunda pretensión de la reforma de la demanda.

QUINTO: Liquidar el Contrato No. 003 de 2006 celebrado por el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA con el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera parcialmente la segunda pretensión de la reforma de la demanda.

SEXTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA a pagar a los señores RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, JACKSON ALFONSO FUENTES RAMÍREZ y BRAYNER RONALDY FUENTES RAMÍREZ, la suma de VEINTITRÉS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$23.919.532.389.00) M/CTE, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera parcialmente la cuarta pretensión de la reforma de la demanda.

SÉPTIMO: Las sumas reconocidas en este laudo arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, prosperan las pretensiones quinta y sexta de la reforma de la demanda.

OCTAVO: Condenar al MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA a pagar a los señores RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, JACKSON ALFONSO FUENTES RAMÍREZ y BRAYNER RONALDY FUENTES RAMÍREZ, por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$420.195.323.89) M/CTE, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, prospera la séptima pretensión de la reforma de la demanda.

NOVENO: expedir copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

DÉCIMO: Ordenar entregar a cada árbitro y a la Secretaría el cincuenta por ciento (50%) remanente de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente” (fls. 336-337 cuaderno principal).”

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL MUNICIPIO

A.- Contenido del recurso

31.- El Municipio de San José de Cúcuta fundó la solicitud de anulación del laudo en las causales 7º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por “*haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*” 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***”.

32.- En relación con la causal 9º, el Municipio señaló que el Tribunal no se pronunció sobre las excepciones, particularmente las relativas al cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa, necesario para resolver los extremos de la litis; y enjuició la interpretación sobre la tipología contractual, mutando su naturaleza de concesión a un contrato de depósito.

33.- Puntualmente, en relación con los fundamentos que serán atendidos en esta providencia, el Municipio recurrente puso de presente que no existía una pretensión dirigida a declarar el incumplimiento contractual, pues el libelo solo apuntaba a la liquidación del contrato, punto en el cual afirmó textualmente:

*“No obstante huelga señalar que no existe una pretensión dirigida a declarar el incumplimiento del contrato, pues la misma solo apunta a la liquidación del contrato y por ello el “escrutinio del Tribunal nunca se dirigió a la comprobación del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las partes signatarias del contrato de concesión, **luego mal hace el Tribunal en condenar al municipio sin declararlo incumplido, pues con ello está extralimitándose, concediendo una pretensión indemnizatoria no pedida.**”*

“No puede ser tan fácil despojar a un municipio de sus recursos, cuando las pretensiones de una demanda arbitral apuntan a la liquidación de un contrato y no puede aceptarse como justificación para dicho despropósito que el Municipio no haya prestado su mayor colaboración para la entrega de la información que se le pedía mediante oficio, pues de la misma providencia que se ataca se desprende el hecho de que quien debía tener la información para reclamar los perjuicios era el propio convocante, luego a pesar que pudieran existir indicios en contra de la entidad que represento, ello nunca podría tener la virtud de contrariar las normas que gobiernan los tránsitos municipales y las normas relativas a la condena en perjuicios cuando estamos en presencia de incumplimiento contractuales.

EL TRIBUNAL ORDENA PAGAR COMO PERJUICIOS LAS TARIFAS QUE DEBÍAN PAGAR LOS SANCIONADOS POR LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTES SIN QUE DICHO PUNTO ESTUVIERE SUJETO A CONTROVERSIA Y CONCEDE MÁS DE LO PEDIDO.

El Tribunal se declaró competente para conocer de todas las pretensiones de la demanda, pero ignoró lo pedido pues se pidió liquidación solamente y no se presentaron pretensiones subsidiarias, por lo que se desvió de decidir sobre la

verdadera relación sustancial ocurrida entre las partes, veamos lo que se pidió en las pretensiones de la demanda (..).

“El presente cargo encuentra su sustento en que el Tribunal de árbitros concede más de lo pedido, pues de la lectura de las pretensiones salta a la vista que no se pidió indemnización de perjuicios y se detecta a las claras que el Tribunal para conceder la pretensión cuarta incurre en yerros gravísimos que atentan contra los principios que deben gobernar la justicia arbitral, pues no falló en derecho y contrarió abiertamente normas imperativas desconociendo la intención de las partes y lo literal de lo pactado en el contrato.”

(..)

“CONCLUSIÓN GENERAL

Son claras las causales de anulación tal como lo hecho indicado en la exposición del presente recurso.

Lo más grave que se denuncia es que el Tribunal para mantener su equivocada idea sobre los perjuicios reclamados, desnaturaliza la relación contractual ocurrida entre las partes y de paso comete errores in procedendo que afectan los derechos al debido proceso de los intervinientes en el Tribunal.

El Tribunal podía obrar de otra manera, pues aceptar expresamente que prosperaban los cargos de la demanda, sin analizar en derecho el tema cuestionado y observar el extremo de la litis conllevó a que la decisión fuera mínima, ultra y extra petita y se afectara de contera la congruencia del laudo.

La forma como preconció el Tribunal la idea sobre lo que debe entenderse por el conflicto, apartándose de la realidad del mismo, originó que se desatendiera el verdadero propósito de la prueba y conllevó a que se preconciera anticipadamente y en contra de la garantía procesal del debido proceso, una decisión no ajustada a derecho.

Estas graves irregularidades procesales también son objeto de nuestra impugnación, pues el Tribunal no podía haber fallado de esta manera, pues con esto se vulneró el derecho constitucional al debido proceso que debía haber sobrevivido incluso hasta el momento de proferir el laudo.”

B.- Oposición al recurso de anulación

34.- La parte convocante se opuso a la prosperidad de los recursos presentados por el Municipio de San José de Cúcuta y el Ministerio Público, señalando que lo que en ellos se pretendía era cuestionar las decisiones de fondo del laudo arbitral. Adelantó un recuento sobre los argumentos de cada uno de los recurrentes y, al tiempo, trajo a colación jurisprudencia en relación con las causales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Anotó que el laudo cuenta con sustento jurídico suficiente y que las causales invocadas no fueron debidamente justificadas, las cuales, además, no se configuran en el presente asunto. Sostuvo que la causal de incongruencia no se presenta, pues se consultó la normatividad aplicable y el acervo probatorio que obraba en el expediente para

efectos de liquidar el contrato. Tampoco la causal de fallo en conciencia, pues la interpretación sobre tipología contractual, sobre la cual se fundó la liquidación del contrato y el reconocimiento de perjuicios, no se alejó del ordenamiento jurídico (fls. 1172-1198 c. ppal.).

C.- Suspensión del cumplimiento de lo resuelto en el laudo

35.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cumplimiento de lo resuelto en el laudo puede suspenderse cuando así lo solicite la entidad pública condenada, en el momento de interponer el recurso de anulación, por lo cual en el *sub lite* la suspensión del cumplimiento del laudo operó *ipso iuris* porque la entidad pública condenada lo solicitó con la interposición del recurso y el despacho se pronunció en el sentido de verificar que la suspensión aconteció. De ello da cuenta el auto de 8 de septiembre de 2016, proferido conforme a lo previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 (fl. 1249 c. ppal.).

D.- Prueba de oficio y práctica de una prueba pericial en el trámite del recurso

36.- Mediante auto de 26 de abril de 2017 la Sala decretó como prueba de oficio la práctica de un dictamen pericial, con el objeto de establecer el monto de las prestaciones ejecutadas en el marco del contrato de concesión n.º 003 de 2006, los pagos realizados por el concedente, por concepto de la retribución pactada en la cláusula quinta y los recaudos efectuados por el concesionario, según lo acordado en la cláusula séptima del contrato. En la medida en que el laudo será anulado esta prueba no será valorada para el propósito con el cual fue decretada. Sin embargo, puesto que el perito rindió su dictamen se ordenará que las partes asuman en igual proporción el valor de los honorarios, los cuales serán fijados en el equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales diarios vigentes⁴, advirtiéndose que, en un punto que ilustra a la Sala, es el relativo a cómo se surtió la ejecución del contrato y la obligación del Contratista de

⁴ Mediante el acuerdo n.º 1518 de 2002, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura estableció el régimen y los honorarios de los auxiliares de la justicia. Para el efecto, señaló criterios basados en la complejidad del proceso, la cuantía de la pretensión, la calidad del experticio, los requerimientos técnicos, científicos o artísticos y la naturaleza de los bienes y su valor (art. 36). Así mismo, determinó que los honorarios se fijarían entre 5 y 500 salarios mínimos legales diarios vigentes (artículo 6.6).

recaudar las tarifas y reconocer el porcentaje pagado al Municipio.

37.- Así las cosas en el dictamen se procedió a:

37.1.- Clasificar la información recolectada teniendo en cuenta las comunicaciones cruzadas por las partes, **los pagos efectuados por el Parqueadero Los Coches a la Secretaría de Tránsito Municipal de Cúcuta**, entre los años 2007-2012, las tarifas aplicables durante dicho periodo y el inventario de los vehículos (automóviles y bicicletas), especificando cantidad, junto con el mes y el año de ingreso al parque automotor.

37.2.- Con fundamento en la cláusula quinta, el libro auxiliar de la alcaldía y los comprobantes de pago del Parqueadero Los Coches, el perito estableció las sumas consignadas a favor del municipio, entre los años 2007 y 2012, así:

AÑO	VALOR
2007	\$40.728.149
2008	\$39.266.986
2009	\$37.870.759
2010	\$55.355.461
2011	\$57.216.786
2012	\$36.550.341

38.- De conformidad con lo anterior, el experto señaló que del valor efectivamente recaudado Los Coches canceló al ente territorial el 20%, pagos que se realizaron, en su mayoría, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes.

IV. CONSIDERACIONES

39.- Estima la Sala que los árbitros contaban con competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, y que los herederos del Contratista estaban legitimados para comparecer como convocantes en su condición de sucesores del causante y adjudicatarios de los derechos de los cuales éste era titular. Sin embargo, anulará el laudo porque encuentra demostrada la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en el laudo mismo recayó *“sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros”*.

40.- La autonomía de la cláusula arbitral que se esgrime en el Laudo les permitía a los árbitros ejercer su competencia con fundamento en dicha cláusula, así se

concluyera que el contrato estaba afectado de nulidad. No les permitía, por el contrario, pronunciarse sobre peticiones que no fueron impetradas por los convocantes, ni condenar al Municipio al pago de perjuicios derivados de la prestación de un servicio que tuvo lugar luego de que, en un acto administrativo cuya validez no se cuestionó en la demanda, la Contratante declaró la *terminación* del contrato.

41. De los antecedentes anteriormente expuestos, queda claro que:

41.1.- El Municipio, en un acto administrativo en firme y no impugnado en la demanda, terminó unilateralmente el contrato aplicando la cláusula excepcional que lo autorizaba a hacerlo cuando ocurriera la muerte del Contratista.

41.2.- El Tribunal condenó al Municipio a pagar perjuicios por la prestación de los servicios de parqueadero ocurridos después del acto de terminación del contrato, sin tener en cuenta que tal obligación no estaba pactada en el contrato, que en la demanda no se solicitó declarar su incumplimiento y sin considerar que, una vez se termina un contrato estatal y se ordena su liquidación, no puede ejecutarse ninguna prestación contractual.

42.- La condena realizada por el Tribunal se fundó exclusivamente en la consideración de acuerdo con la cual el contrato de concesión celebrado por las partes debió denominarse contrato de depósito, y que en este tipo de contrato, según lo afirmado en el laudo, era ilegal pactar cláusulas excepcionales.

43.- Afirmó textualmente el Tribunal:

“De otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando ocurre la sucesión por causa de muerte no ocurre una cesión del contrato, sino que lo que es objeto de transmisión es los créditos y obligaciones derivados del contrato, como resulta claro del artículo 1008 del Código Civil. En ese orden de ideas, al fallecer José Alfonso Fuentes Contreras, sus herederos no recibieron el contrato celebrado con el Municipio de Cúcuta, sino los créditos y obligaciones derivadas de ese contrato, junto con la posibilidad de reclamarlos judicialmente”.

44.- En relación con lo anterior la Sala advierte que, en efecto, en la sucesión por causa de muerte a título universal, *“se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles”* con lo cual los herederos pueden ocupar la posición contractual del causante en el contrato y convertirse en los titulares de los

derechos y las obligaciones pactadas en el mismo. Ello no podía ocurrir en este caso, porque el contrato *terminó* como consecuencia de un acto administrativo vigente proferido por la entidad estatal Contratante como consecuencia de la muerte del causante. Sus herederos no podían incluir como activo transmisible en la sucesión los derechos del causante en el contrato; lo que podían haber incluido eran los derechos resultantes de la liquidación del contrato.

45.- La CONVOCANTE en las pretensiones de la demanda (transcritas en los antecedentes), no pidió que se decretara la simulación relativa del contrato declarando que lo pactado fue un contrato de DEPÓSITO, en el cual era al Municipio al que le correspondía pagar las tarifas por los vehículos que utilizaran el parqueadero y no un contrato de CONCESIÓN en el que las tarifas las recauda el CONCESIONARIO y presta el servicio por su cuenta y riesgo; no solicitó la nulidad de la cláusula excepcional de terminación unilateral estipulada en el contrato, ni la nulidad del acto administrativo que la dispuso y ordenó su liquidación; y no pidió que se declarara que el contrato no estaba terminado desde la expedición de dicho acto.

46.- El Tribunal de arbitramento al adoptar tales decisiones, las cuales constituían un presupuesto indispensable para condenar al Municipio a pagar perjuicios por el incumplimiento del Contrato, como si lo pactado hubiese sido un contrato distinto y como si estuviera vigente al momento de proferir el laudo, incurrió en incongruencia, pues su decisión se apartó de manera ostensible de las peticiones formuladas en la demanda y de los hechos afirmados en ella.

47.- Si en gracia de discusión se admitiera que el Tribunal podía anular de oficio una cláusula contractual por estar afectada de objeto ilícito y dejar sin efectos la resolución de liquidación unilateral del contrato afirmando que perdió fuerza ejecutoria por decaimiento, lo cierto es que en la demanda arbitral no se pidió declarar que el contrato estaba vigente, que el Municipio tenía a su cargo la obligación de pago por el parqueo de los vehículos y que estaba incumpliendo dicha obligación.

48.- Los CONVOCANTES, en vez de pedir la nulidad del acto administrativo que terminó el contrato por la muerte de contratista y dispuso su liquidación, solicitaron que se declarara que dicho acto había sido incumplido por el Municipio y le pidieron al Tribunal que procediera a *liquidar* el contrato.

49.- Si el Tribunal de Arbitramento se hubiese limitado, como era su obligación, a resolver lo pedido en la demanda arbitral habría tenido que:

49.1.- Pronunciarse sobre el *incumplimiento* de la obligación de liquidar el contrato prevista en la ley y asumida expresamente por el Municipio en el acto de terminación unilateral del mismo (vigente, válido y no cuestionado en la demanda), que fue lo que solicitaron los Convocantes en la segunda pretensión; y si concluía que dicha obligación no fue cumplida debía proceder a liquidarlo que fue lo pedido en la tercera pretensión de la demanda arbitral.

49.2.- A partir de lo anterior, pronunciarse sobre los derechos del Contratista (en este caso de sus sucesores) como consecuencia del incumplimiento de la obligación de *liquidar el contrato estatal*, lo que limitaba la decisión arbitral - en este punto - a determinar lo que el Municipio le adeudaba al Contratista a la terminación del contrato; o, lo que es lo mismo, a establecer “quien le debe a quien y cuanto”, que es lo que debe hacerse en esta etapa que se cumple luego de que se termina el contrato y por ende se encuentran extinguidas las obligaciones de las partes sin que pueda ejecutarse ninguna obligación con amparo en el contrato.

50.- El Tribunal afirmó en las consideraciones del laudo que el contrato celebrado entre las partes no fue una concesión sino un contrato de depósito. Con base en la anterior afirmación y sin que mediara petición de parte:

50.1.- Anunció que declararía en las resoluciones de laudo la nulidad de la cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato, cosa que en realidad no hizo, sin que con ello se excluya la competencia de la Sala para examinar la congruencia de tal determinación con las peticiones de la demanda.

50.2.- Dejó sin efectos el acto administrativo de terminación del contrato, anunciando también que haría tal declaración (sin hacerla en las resoluciones), bajo la consideración de que dicho acto perdió fuerza ejecutoria al declararse la nulidad de la cláusula excepcional con base en la cual fue expedido.

50.3.- Condenó al Municipio a pagar, a título de indemnización de perjuicios, el valor correspondiente al aparcamiento de los vehículos y motos hasta la

expedición del laudo, lo cual implicaba hacer dos declaraciones que tampoco fueron pedidas por los convocantes: i) anular o declarar la simulación de las estipulaciones contractuales que establecían que era al Contratista a quien le correspondía hacer el recaudo del valor del servicio y pagarle al Municipio el monto de su participación; ii) declarar que las partes en realidad pactaron que era el Municipio quien debía pagar por el “depósito” de los vehículos y motos y que incumplió tal obligación hasta la fecha del laudo.

50.4.- El Tribunal no se detuvo a analizar si estas peticiones habían sido formuladas en la demanda y consideró que bastaba afirmar que el contrato no debió denominarse concesión sino depósito para dejar sin efecto las estipulaciones pactadas en el mismo - particularmente las relativas a la forma de remuneración - y hacer pronunciamientos fundados en estipulaciones no pactadas por las partes.

51.- La jurisprudencia de la Sala ha dicho sobre la incongruencia como causal de anulación de los laudos arbitrales:

*“(La actual causal novena) es similar a la segunda del recurso de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P. Civil, y con ella se persigue, tal y como lo han sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, **garantizar la simetría que debe existir entre lo decidido y lo solicitado por las partes, para salvaguardar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 ibídem, por cuya virtud “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla,***

*“De conformidad con la jurisprudencia vigente, la causal se configura en los siguientes casos: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea ultra petita; **b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes.***

“En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; ...

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

...

iii) **El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta**, o que ordene la ley, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas o que resulten probadas, a las cuestiones que en forma oficiosa imponga el legislador, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, **deviene en inconsonante o incongruente**.

“De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y **objetivamente** que el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, para concluir si efectivamente en el laudo hubo un pronunciamiento **de puntos no sujetos a la decisión de los árbitros** o se concedió más de lo pedido, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.”⁵

“En consecuencia, conforme con las disposiciones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, **la causal bajo estudio demanda un análisis comparativo entre el laudo, los hechos, las pretensiones aducidas en la demanda y las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas**, en este estado para determinar si debe anularse lo decidido en relación con la falta de idoneidad de las fórmulas para mantener el equilibrio económico del contrato frente a eventos imprevisibles e irresistibles, ajenos al contratista.”⁶

52.- Del contenido mismo de la causal y de la jurisprudencia antes citada, no se deduce que el Juez de la anulación deba limitarse a elaborar un cuadro en doble columna para comparar pretensiones de la demanda con resoluciones del laudo y concluir que no se incurrió en incongruencia. Si se estimara que es este el examen que debe hacerse, no se estaría garantizando la congruencia entre la petición y la condena como parte de la garantía del debido proceso, que es la que se protege con esta causal. Resultaría suficiente adoptar decisiones en las consideraciones del laudo y no expresarlas en su parte resolutive, o decretar condenas sin hacer las declaraciones previas indispensables para pronunciarlas, que son los dos expedientes a los que acudieron los árbitros en el laudo objeto de esta providencia.

53.- La incongruencia de un laudo no se supera (i) acudiendo a la estrategia de no incluir en sus resoluciones de laudo las decisiones que efectivamente se adoptan en el mismo, ni (ii) dándole una denominación distinta a las decisiones que se adoptan, que es lo que ocurre cuando se *deja sin efectos* un acto administrativo sin *anularlo*, con lo que lo único que se hace es ocultar su verdadero alcance. En

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de abril de 2012. Radicación número: 42126.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016. Radicación No. 55885.

este caso:

53.1.- Si el Tribunal consideraba que la cláusula de terminación unilateral del contrato era nula porque lo que se pactó fue un depósito y no una concesión, debía hacer ese pronunciamiento en las resoluciones del laudo y no limitarse a anunciar que lo haría. Esto lo hubiera obligado a analizar si estaba obrando dentro del ámbito de las peticiones de la demanda.

53.2.- Si el Tribunal estimaba que el acto de terminación unilateral del contrato era ilegal porque no podía estar pactado en un contrato en el cual, según su concepto, estaba prohibido legalmente debía declarar su anulación. Abordar directa y claramente este punto lo habría obligado igualmente a preguntarse si los convocantes pidieron este pronunciamiento en la demanda.

53.3.- Si el Tribunal estimaba que las partes en realidad pactaron la obligación del Municipio de pagarle al Contratista el valor del parqueo de los vehículos y que dicha obligación había sido incumplida, también estaba obligado a hacer tal declaración, para poder pronunciar la condena en perjuicios hecha en el laudo.

54.- El expediente al que acudió el Tribunal consistió en no pronunciar en las resoluciones del laudo ninguna de las declaraciones que anunció en sus consideraciones y en no hacer los pronunciamientos que eran necesarios para decretar la condena en perjuicios que efectivamente le impuso al Municipio, como eran la anulación parcial del contrato y del acto administrativo de terminación unilateral y la declaración de la existencia e incumplimiento de la obligación de pago a cargo del Municipio. Tal procedimiento es inadmisibles en una decisión arbitral, pues solo se explica si se considera hecho con el propósito de ocultar su incongruencia.

55.- El Municipio, al desarrollar esta causal, señaló en su recurso de anulación sobre este particular que en el laudo se hizo referencia <<*al contrato de depósito para desvirtuar las cláusulas exorbitantes y acudir de manera oficiosa a la institución del decaimiento*>> y mediante este expediente se desconoció que el “el proceso versaba sobre una liquidación y no sobre el incumplimiento contractual”. Precisó que no existía ninguna pretensión en la que se solicitara el *incumplimiento del contrato*, pues lo que se solicitó fue declarar el incumplimiento de la resolución de liquidación, razón por la cual el Municipio no podía ser condenado “sin

declararlo incumplido”. Agregó que para “mantener su equivocada idea sobre los perjuicios reclamados desnaturalizó la relación contractual”, incurriendo “en errores in procedendo que afectan los derechos al debido proceso.”

56.- Las consideraciones que fundamentan la anulación del laudo por incongruencia se expondrán analizando primero las pretensiones de la demanda y comparándolas con las resoluciones adoptadas en el laudo; luego de lo anterior la Sala señalará las razones por las cuales, para examinar la congruencia del laudo, resulta necesario determinar si el Tribunal podía declarar de oficio la nulidad de una cláusula del contrato y dejar si efectos el acto administrativo de terminación unilateral del contrato.

A.- La primera pretensión de la demanda.

57.- En la primera pretensión de la demanda se pide textualmente:

“1. Que se declare que el contrato celebrado por el municipio de SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, denominado por la administración contrato de concesión No. 003 del 1 de diciembre de 2006, corresponde a un contrato de depósito de acuerdo a su naturaleza y características del mismo”.

58.- Los convocantes no solicitaron la *anulación* total o parcial del contrato, ni solicitaron que se declarara su *simulación relativa* con el objeto de que se declarara que las obligaciones pactadas en el mismo no fueron las estipuladas sino otras, y mucho menos indicaron cuáles eran tales obligaciones. Se limitaron a pedir que se declarara que el contrato objeto de arbitramento *“denominado por la Administración contrato de concesión”*, correspondía a *“un contrato de depósito de acuerdo con su naturaleza y características de este”*.

59.- Las peticiones de una demanda expresan las *declaraciones* que el demandante le solicita pronunciar al Tribunal y su determinación debe realizarse preguntándose qué pide exactamente el demandante, lo que resulta esencial porque es a partir de la respuesta a tal interrogante que debe pronunciarse el laudo: ese es, como lo señala la doctrina, el *objeto del proceso*.

“La pretensión procesal aparece como el verdadero objeto del proceso... (y) por objeto del proceso se entiende a este respecto la materia sobre el que recae el complejo de elementos que lo integran....

“No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez. En torno a esa reclamación giran

todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación la instrucción y la decisión, sobre todo, ya que es la decisión, que tiene una sola y exclusiva referencia: la reclamación de la parte. Ahora bien, esta reclamación de parte es precisamente la pretensión procesal".⁷

60.- Si el Tribunal hubiese analizado detenidamente cuál era el contenido o el alcance de la primera pretensión de la demanda, tendría que haber concluido que ella carecía de efecto jurídico, razón por la cual - en rigor - no constituía una pretensión, entendida como *"el efecto jurídico concreto que el demandante persigue con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado"*⁸. En ella los convocantes no le pidieron al Tribunal que realizara algún tipo de *declaración con efectos jurídicos*, que es lo que ocurre en materia contractual cuando se solicita declarar la nulidad, la simulación, o el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato, y es evidente que, como lo señala el mismo autor, sólo puede estimarse que el demandante tiene una pretensión cuando *"persigue un fin concreto en su interés y no una declaración abstracta y teórica"*, en este caso, frente a la naturaleza del contrato.

61.- El Juez del Contrato tiene la obligación de interpretarlo a partir de sus estipulaciones, lo que puede implicar el ajuste de su denominación a la que realmente corresponde de acuerdo con la ley. La adecuada denominación del contrato debe realizarse cuando es evidente que el objeto de la convención acordada por las partes, deducido de las obligaciones pactadas por ellas, no corresponde a la denominación jurídica que ellas mismas le asignaron y, sobre todo cuando resulta necesario determinar, a partir de disposiciones legales supletorias, el contenido de obligaciones que las partes no estipularon expresamente. La adecuación del *nombre* del contrato permite integrar con normas legales supletorias los aspectos que las partes no regularon de manera expresa en el contrato. Este ejercicio busca interpretar el contrato conforme con la verdadera voluntad de las partes; persigue proteger el pacto acordado por ellas y no permitir que – por una indebida denominación del contrato – terminen integrándose al mismo reglas contractuales que en realidad no corresponden a la voluntad de las partes.

62.- La doctrina señala sobre este particular: *"En sentido amplio se ha hablado de interpretación aun con respecto a la calificación jurídica del acto, pero en realidad tal confusión se debe evitar pues la calificación hace parte de una operación*

⁷ Guasp, Jaime, La pretensión procesal, Civitas 1985, p. 62.

⁸ Devis Echandia, Hernando, Compendio de derecho procesal, T. I, Teoría General del Proceso, octava edición, editorial ABC, Bogotá 1981, p. 227.

diferente, que es la valoración jurídica del contrato. La interpretación, como se vio, se dirige a comprobar qué establecieron las partes, mientras que la valoración jurídica, por el contrario, pretende verificar el valor jurídico del acto. El tercer momento de la valoración jurídica es la integración. La integración supletiva, supone una laguna contractual, entendida como vacío en el contenido del acuerdo, esto es, una falta de previsión de las partes en relación con un aspecto de la relación que no es susceptible mediante la aplicación de criterios hermenéuticos. Las lagunas contractuales dan lugar a la aplicación de las normas dispositivas y de las otras fuentes a las que se remite la ley”⁹

63.- Una cosa es interpretar el contrato e integrar sus vacíos regulatorios conforme con lo que se estima como su adecuada denominación y otra cosa sustituir lo estipulado por las partes desconociendo el principio fundamental de autonomía de la voluntad y mucho menos, por esta vía anular lo pactado.

64.- Si un contrato que contiene todas las obligaciones propias de una promesa de venta de un inmueble se pacta en un documento privado y titula contrato de venta, ello no quiere decir que el prometiende comprador (mal llamado en el mismo comprador) no tenga el derecho a solicitarle al Juez su cumplimiento mediante la suscripción de la escritura pública. El Juez leerá el contrato, y en vez de anularlo porque no tiene las formalidades de la compraventa de un inmueble, concluirá que la denominación que le dieron las partes fue equivocada porque los derechos y obligaciones pactados en el mismo (que no pueden ser modificados por el Juez respeta fielmente) y resolverá las pretensiones de las partes teniendo en cuenta lo que ellas realmente pactaron. Este es un mecanismo que tiene por objeto *conservar el contrato* y fundamentalmente respetar las estipulaciones de las partes, puesto que el contrato tiene fuerza de ley para ellas y no es admisible que tales estipulaciones o declaraciones de voluntad puedan alterarse, excusándose por un error jurídico en la denominación del contrato.

<<.... Hay conversión, dice Albaladejo, cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente. Vallet e Goytisolo define la conversión como aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, un negocio o un documento, sustancial o formalmente nulo en su especie o tipo, puede resultar válido como acto, negocio o forma de especie o tipo diferente.

<<Recogiendo estas ideas puede decirse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que

⁹ Bianca, C. Massimo, Derecho Civil del Contrato. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 434.

contiene sin embargo los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato y negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad dejando transformado en aquel contrato o negocio cuyo requisito reúne.

<<El fundamento jurídico de la conversión ha tratado de buscarse en la voluntad de las partes o de manera objetiva a través del principio de conservación del negocio.

<<Para los sostenedores de la teoría subjetivista, la conversión se funda en la voluntad de las mismas partes, que se califica unas veces como voluntad real, expresa o tácita, otras veces como voluntad presunta o hipotética y otras como intención empírica o práctica. La tesis objetivista se formula diciendo que si con los elementos no afectados por la nulidad puede configurarse un contrato que sustancialmente al menos permite conseguir el propósito práctico perseguido por las partes, debe dársele eficacia siempre que sea posible entender que a través de las partes pueden conseguir los fines que proponían.>>¹⁰.

65.- Ese mecanismo no puede utilizarse por el Juez del contrato para dejar sin valor lo pactado, o para dejar sin efectos determinadas cláusulas contractuales, puesto que lo anterior solo puede ser hecho por el Juez del Contrato *dejando sin efecto las cláusulas contractuales*. Y en este caso es evidente que tal petición no fue formulada en la demanda.

“El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos”¹¹.

“Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y “a la consecución prudente y reflexiva” del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577)....¹².

66.- A partir de la simple petición de considerar que el contrato era un depósito y no una concesión, el Tribunal no podía anular la estipulación contractual de terminación unilateral del contrato y el acto administrativo en el que se adoptó esta decisión y mucho menos sustituir las obligaciones pactadas por las partes en el contrato, por obligaciones que no fueron estipuladas por ellas. Si la inadecuada denominación del contrato generaba la anulación total o parcial de lo pactado, o si se pretendía obtener los efectos antes señalados, los Convocantes estaban

¹⁰ Díez-Picazo Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, V. I. Madrid, 1996, p. 484.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de agosto de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Radicación No. 11001-31-03-007-2007-00606-01.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de febrero de 2008, M.P. William Namén Vargas, Radicación No. 2001-06915-01.

obligados a pedir expresamente tales declaraciones y, solo en ese caso el Tribunal podía pronunciarse sobre ellos.

67.- Tal y como se anotó anteriormente, en derecho comparado, cuando se habla de la *conversión* del contrato, se hace referencia a la operación exactamente inversa: como a partir de la calificación jurídica del acto o contrato, el mismo resulta nulo, su *conversión* al tipo adecuado permite conservar lo pactado por las partes: *“La conversión es una modificación legal del contrato que evita su nulidad en el respeto sustancial de la finalidad perseguida por las partes. Según la previsión normativa, el contrato nulo puede producir efectos de un contrato diferente, del que presente o cumpla los requisitos de sustancia y de forma, siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes se puede considerar que ellas lo habrían querido si hubiese conocido la nulidad... La modificación opera por efecto de la ley, pero no en contraste con el acto de autonomía privada, sino en el respeto sustancial del programa querido por las partes. Fundamento de la conversión es el principio de conservación del contrato...”*¹³.

68.- Para pronunciar la condena en perjuicios dispuesta en las resoluciones del laudo los árbitros, *convirtieron* el contrato de concesión objeto del arbitramento en un contrato de *depósito* y *sustituyeron* particularmente la cláusula atinente a la remuneración para concluir, sin declararlo expresamente y sobre todo sin que mediara petición de parte, que las partes pactaron que el Municipio tenía la obligación de pagarle al Contratista por el parqueo de los automotores y que al no hacerlo le había generado los perjuicios establecidos por los cuales condenó a la citada entidad pública.

69.- Se agrega, por último, que los convocantes tampoco solicitaron que se declarara la *simulación relativa* del contrato, pidiendo consecuentemente sustituir las estipulaciones plasmadas en su texto por los acuerdos contractuales que realmente convinieron, que es una petición que puede estimarse en general como propia de los terceros que resultan afectados con el contrato y no de las partes en el mismo.

70.- Sobre este punto la doctrina indica:

¹³ Massimo Bianca, Op. Cit. P. 655.

“Para comenzar, se llama la atención en que la mencionada disconformidad originada en esta apariencia será siempre un asunto extraño, ajeno e indiferente para los sujetos que han participado en el proceso formativo de un negocio, porque ellos no están expuestos a los riesgos que la apariencia suscita especialmente adquirir un derecho o una expectativa basados en ella. El peligro a que están estos sujetos expuestos es otro consistente en que por causa de su ignorancia, ya de hecho ya de derecho, no sean conscientes del estado de inexistencia negocial al cual arribaron, o de que el negocio construido es ineficaz, y por ello procedan a actuar efectos negociales particulares. Si este peligro se concreta por supuesto que el sujeto que ha actuado tales efectos, una vez asuma pleno conocimiento de la realidad de las circunstancias tendrá su favor la facultad de invocar la pretensión que competa, de acuerdo con las especialidades de la situación de que se trate, en procura de que las cosas se remonten al estado anterior al inicio de los tratos prenegociales”¹⁴.

B.- Las pretensiones segunda y tercera de la demanda.

“2.- Que se declare que el Municipio de San José de Cúcuta no liquidó el contrato No. 003 del 1 de diciembre de 2006 celebrado con el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS, incumpliendo la resolución 0346 del 23 de marzo de 2012, por la cual declara la terminación unilateral del citado contrato y dispone la liquidación unilateral del mismo por un término máximo de cuatro meses.

3.- Que se liquide el contrato N° 003 del 1 de diciembre de 2006, celebrado entre el Municipio SAN JOSÉ DE CÚCUTA y el señor JOSÉ ALFONSO FUENTES CONTRERAS.”

71.- La lectura de las pretensiones segunda y tercera de la demanda, permite concluir que los convocantes no solicitaron la anulación de la resolución de terminación del contrato, ni formularon ninguna petición dirigida a suprimir los efectos de dicho acto administrativo. Por el contrario, estas pretensiones estaban dirigidas a declarar que el acto de terminación unilateral fue incumplido por el Municipio al no realizar la liquidación del contrato y a pedirle al Tribunal que la hiciera.

72.- El laudo incurre en incongruencia cuando, en vez de ordenar el cumplimiento de lo dispuesto en un acto administrativo, lo elimina con efectos retroactivos; incurre en incongruencia cuando hace un pronunciamiento que tiene exactamente el mismo alcance que tiene anular el acto administrativo de terminación unilateral del contrato.

C.- La cuarta pretensión de la demanda:

*“4.- Como **consecuencia de lo anterior**, se condene al MUNICIPIO SAN JOSÉ DE CÚCUTA a pagar a los señores RUBY ESMERALDA FUENTES RAMÍREZ, JACKSON ALFONSO FUENTES RAMÍREZ y BRAYNER RONALDY FUENTES*

¹⁴ Ramírez Baquero, Edgar, la ineficacia del negocio jurídico, Universidad del Rosario, 2008, p. 465.

RAMÍREZ, en calidad de adjudicatarios de los derechos del contrato No. 003 del 2006, el 80% del valor del parqueadero de cada uno de los vehículos que fueron depositados por parte de la Secretaria de Tránsito Municipal en el PARQUEADERO LOS COCHES, desde la fecha de su ingreso hasta la fecha que la autoridad municipal haya efectuado retiro de los mismos”.

73.- La lectura de esta pretensión y su comparación con la decisión adoptada en el laudo, también evidencia incongruencia de esta decisión, puesto que la lectura de la petición indica que los convocantes pidieron los perjuicios *consecuenciales* al incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, que es la declaración solicitada en las pretensiones precedentes.

74.- La pretensión de condena que aquí se formula debía ser estudiada en el contexto de las peticiones de la demanda para lo cual era necesario tener en cuenta que se trataba de una pretensión consecencial de condena que solo podía prosperar si prosperaba la declaración de incumplimiento y estaba limitada a los perjuicios derivados del mismo.

75.- Los árbitros no tuvieron en cuenta que cuando se acumulan pretensiones el vínculo entre ellas es de distinta naturaleza: existen (i) pretensiones *principales*, cuya declaratoria no tiene ninguna vinculación con las demás y (ii) pretensiones *subordinadas* que dependen de la declaración que se haga en otra pretensión.

“Al estudiar la acumulación de pretensiones en la demanda, Hernando Morales hace una didáctica clasificación. Así, además de referirse a las pretensiones principales y subordinadas, habla también de la acumulación de pretensiones, simple o concurrente, cuando se presentan varias peticiones para que sean resueltas en su integridad, y de la acumulación sucesiva, cuando son diversas las pretensiones, pero el estudio de la segunda depende de que se haya acogido favorablemente la primera, en forma tal que si se desecha la primera pretensión, sobra toda consideración a cerca de la siguiente.”¹⁵

“La acumulación de pretensiones en una demanda puede ser simple o condicional; es simple cuando el demandante pide la estimación al tiempo de todas las pretensiones acumuladas, por lo cual estas conservan plena autonomía entre sí, y condicional cuando pide la estimación de una sola subordinada a la estimación o a la desestimación de la otra, según el caso...”

*“Hay tres clases de **acumulación condicional**: sucesiva, eventual o subsidiaria y alternativa. ...Acumulación Sucesiva. Se presenta cuando se propone una pretensión bajo la condición de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida....”¹⁶*

76.- La cuarta pretensión era una pretensión consecencial y estaba condicionada

¹⁵ López Blanco, op. cit. p. 482.

¹⁶ Morales Molina, Hernando, Curso de derecho procesal civil, Parte General, E. ABC 1978, p. 352.

a la declaratoria de *incumplimiento* del acto de terminación unilateral decretado por el Municipio. El Tribunal no resolvió esta pretensión: lo que hizo fue declarar el incumplimiento de la obligación de *pago* del parqueo por parte del Municipio al Concesionario, fundada en la particular, ilegal y no solicitada <<*conversión* del contrato>> y condenarlo al pago de los perjuicios derivados de tal incumplimiento. Y, tal y como lo señaló el Municipio en el recurso de anulación, los convocantes no formularon *ninguna* petición de incumplimiento del contrato de la cual pudiera deducirse esta condena. Lo que pidieron fue declarar el incumplimiento de la obligación de *liquidar* el contrato impuesta en el acto administrativo de terminación unilateral proferido por el Municipio.

D.- La invalidez de una cláusula contractual y de un acto administrativo decretadas de oficio en el laudo.

77.- La siguiente pregunta que debe absolver la Sala es si el Tribunal estaba habilitado para declarar *de oficio* la nulidad de la cláusula excepcional de terminación del contrato y para – también de oficio – dejar sin efectos el acto administrativo de terminación unilateral del contrato.

78.- La Sala debe indagar por lo anterior porque, si la respuesta a tales interrogantes fuera positiva, no se configuraría la incongruencia del laudo porque las potestades oficiosas del Juzgador se ejercen sin petición de parte y, cuando ello se cumple sujetándose a lo dispuesto en la ley, no puede considerarse que la decisión arbitral está afectada de incongruencia.

79.- En estos términos, el análisis relativo a si el Tribunal ejerció adecuadamente la facultad de anular oficiosamente un contrato o un acto administrativo contractual, resulta indispensable para determinar la congruencia de la decisión.

80.- Aquí no se discute la *competencia* de los árbitros para anular el contrato objeto del arbitramento y tampoco se analiza su *competencia* para anular un acto administrativo contractual. Lo que se analiza es si los árbitros podían adoptar tales determinaciones sin que mediara petición de los Convocantes; y, para resolver sobre la causal de anulación del laudo que se estudia (incongruencia) resulta necesario establecer si estas decisiones (declarar de oficio la nulidad de una cláusula contractual y de un acto administrativo) se ajustaron a derecho. De lo contrario bastaría afirmar en un laudo o que una resolución se adopta *de oficio* para eliminar la posibilidad de tacharlo de incongruente por no corresponder a lo

pedido en la demanda.

81.- Preciado lo anterior, la Sala encuentra que sí se presenta la incongruencia que impone la anulación del laudo, porque el Tribunal de Arbitramento no podía declarar de oficio la nulidad de la cláusula del contrato en la cual se pactaron las facultades excepcionales, justificando tal decisión en el hecho de que dicho contrato en realidad se ajustaba al modelo legal de un *depósito* y, como la ley no autoriza el pacto de cláusulas excepcionales en este tipo de contrato, su estipulación violaba una norma de carácter imperativo.

82.- En los términos del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, *“la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”*, norma de la cual se deduce que para que el Juez pueda anular un contrato se requiere que (i) el demandante pida el cumplimiento del contrato, porque es solo en ese caso que se requiere hacer tal declaración, (ii) que el contrato esté afectado de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas por la misma ley (objeto o causa ilícitas, o violación de una norma imperativa) y (iii) que el Juez no requiera realizar ningún tipo de elucubraciones, interpretaciones o razonamientos para deducirla, sino que surja de manera manifiesta del acto o contrato.

82.1.- Sobre los requisitos para declarar la nulidad absoluta del contrato, en sentencia C-45/17 la Corte Constitucional hizo referencia a la nulidad absoluta y relativa y trajo a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*“Tanto el Código Civil como el Código de Comercio establecen reglas específicas respecto de la nulidad, estableciendo el primero la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa y el segundo, consagrando el concepto de anulabilidad como equivalente al de nulidad relativa. Una primera diferencia se configura respecto de los eventos que pueden dar lugar a la declaratoria de cada una de ellas. La nulidad absoluta se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o **contraría una norma imperativa** -a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.). La nulidad relativa se presenta, por su parte, en aquellos casos en los cuales el acto se celebra por una persona relativamente incapaz o se presenta alguno de los vicios del consentimiento a saber: el error, la fuerza o el dolo (art. 1741 C.C. y art. 900 C. Co.).*

“Igualmente en relación con su declaración, si bien ambas requieren la intervención de una autoridad con funciones jurisdiccionales, la actuación de esta se rige por reglas diferentes en cuanto a la legitimación en la causa. En el caso de la nulidad absoluta el juez por solicitud del Ministerio Público, de cualquier persona con interés en ello o de oficio (art. 1742 C.C.) puede –incluso debe– declarar la

nulidad cuando, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (i) **sea manifiesta en el acto o contrato**, (ii) **el acto o contrato que da cuenta del defecto se haya invocado en el proceso correspondiente como fuente de derechos y obligaciones**, y (iii) **hayan concurrido al proceso, en su condición de partes, quienes hayan participado en la celebración del acto o contrato o quienes tienen la condición de causahabientes**¹⁷. Cuando se trata de nulidad relativa se ha previsto que no puede ser declarada de oficio por el juez ni ser solicitada por el Ministerio Público en interés de la ley, sino únicamente por el requerimiento de la persona en cuyo interés se hubiere reconocido, sus herederos o cesionarios (art. 1743 C.C. y art. 900 C. Co). Esta regla en materia de nulidad relativa ha sido destacada por la doctrina al señalar que **“la acción de nulidad relativa solo la tiene el contratante a quien la ley ha querido proteger al establecer la nulidad”**¹⁸ sin que sea posible su alegación por parte de la contraparte”¹⁹.

82.2.- En sentencia de 29 de junio de 2018, la Corte Suprema de Justicia, en el proceso radicado n.º44650-31-89-001-2008-00227-01, precisó que, acorde con el artículo 1741²⁰ y 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta «puede y debe» ser declarada de oficio por el juzgador «aún sin petición de parte», siempre y cuando concurren los requisitos señalados por la ley. Estos, como se ha señalado de forma invariable, se compendian así:

“... el poder excepcional que al juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª que **la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta**; 2ª que **el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes**; y 3ª que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron”. (CSJ. SC. Abr. 5 de 1946. G.J. LX-357, reiterada en SC Jul. 14 de 2014, Rad. 2006-00076-01).

83.- En este caso el Tribunal no podía declarar de oficio la nulidad de cláusula contractual en la que están pactadas las facultades excepcionales del contrato,

¹⁷ Sobre el particular puede consultarse la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de febrero de 1982 (M. P. Alberto Ospina Botero).

¹⁸ Tamayo Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones – Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Ed. Derecho y Ley. Bogotá. 1979. Pág. 240

¹⁹ Ibíd.

²⁰ “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay, así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

por las siguientes razones:

83.1- El Tribunal solo podía haber adoptado esta decisión si en la demanda se hubiese pedido el cumplimiento o la ejecución de la estipulación, con el objeto de negar tal pretensión. Cuando se le pide al Juez del contrato ordenar su cumplimiento o la ejecución de una de sus cláusulas tiene competencia para hacer tal pronunciamiento de manera oficiosa.

83.2.- La doctrina advierte sobre este particular que *“Lo que ocurre con más frecuencia es que la nulidad es invocada por la parte que quiere sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones contractuales y cuando se decreta de oficio lo que hace generalmente el Juez es, sustituir por tal declaración, los medios de defensa del Demandado dirigidos a justificar su incumplimiento (por ejemplo la excepción de contrato no cumplido); el Demandado es dispensado de la ejecución de sus compromisos y el Juez no hace sino modificar el medio de defensa propuesto, sin modificar su objeto o finalidad”*²¹ (p. 447).

83.3.- En este caso ya se explicó que lo que pidieron los convocantes fue el cumplimiento de la obligación de liquidar el contrato establecida en el acto de terminación del mismo, la cual, en todo caso, era facultad de la administración liquidarlo. No pidieron la ejecución o el cumplimiento de ninguna cláusula contractual y la nulidad no se decretó para declarar de oficio una defensa que no propuso el demandado.

84.- Esta decisión solo puede adoptarse cuando la nulidad del contrato o de la cláusula sea *manifiesta* lo que impone que debe surgir de la simple lectura y análisis del contenido mismo de la cláusula. Si para llegar a la conclusión de que una cláusula es nula era necesario *interpretar* todo el contrato, establecer que el mismo no correspondía al tipo de contrato allí incluido sino a otro (no es una concesión sino un depósito) y considerar que como en ese nuevo contrato no podía pactarse la cláusula, ella está afectada de nulidad, es evidente que no nos encontramos en un caso de *nulidad manifiesta* de una cláusula contractual. Interpretación que por demás no le correspondía adelantar al Tribunal, pues no constituye una pretensión propiamente dicha.

85.- Esa decisión solo puede adoptarse cuando el contrato esté afectado de

²¹ Pouyaud, Dominique, la nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991, p. 447.

nulidad absoluta. Lo anterior puede ocurrir si el contrato o cláusula viola una norma legal imperativa, pues en tal caso, con su declaratoria se protege el orden público o el interés general, circunstancia que autoriza, de manera excepcional, la adopción de esta medida.

86.- La doctrina señala que la facultad de decretar de oficio la nulidad de un contrato estatal para asegurar el interés público, solo se justifica cuando se trata de “una cuestión de tal importancia que el mismo Juez de la Administración desconocería la regla de derecho que él tiene la misión de hacer respetar si la decisión jurisdiccional rendida no la tuviera en cuenta: es esta importancia la que legitima su declaración de oficio. No se puede reconocer al Juez la facultad de adoptar de oficio un cargo o medio no invocado por las partes sino en casos excepcionales y sobre todo cuando ello constituye para él una obligación y no una facultad. Si una regla de derecho es de una importancia tal que se impone necesariamente incluso cuando las partes no la han invocado y si su aplicación es a tal punto evidente que no admite prácticamente ninguna discusión, el juez está obligado a declarar de oficio su violación, so pena de desconocer la naturaleza misma de su función”²².

87.- La misma doctrina explica que la nulidad absoluta por violación de normas imperativas en atención a su naturaleza solo puede declararse tratándose de normas que protejan el interés general y no el particular de los contratantes, pues en tal caso, si ellos no la proponen, se presume que la convalidan.

“La nulidad solo puede decretarse de oficio cuando ella tiene el carácter de absoluta lo que ocurre únicamente cuando con su declaración se protegen intereses generales o públicos. Cuando la declaratoria de nulidad total o parcial de un contrato es el presupuesto para la reclamación de perjuicios de una parte, dicha parte está obligada a solicitarla.

“No hay, (...) una diferencia de naturaleza entre las nulidades absolutas y las relativas, sino solo una diferencia de grado en la exigencia del restablecimiento de la legalidad violada. Los autores están de acuerdo en no ver en esa división de las nulidades sino el reflejo de una distinción entre los intereses generales y los privados que la nulidad tiene por finalidad salvaguardar.

“En consecuencia, lo que varía no es lo objetivo de la nulidad sino el fin de la norma trasgredida, puesto que, sea como sea, la nulidad tiene como función restablecer la legalidad en la medida exigida por este fin. Ahora bien, las exigencias de la legalidad son susceptibles de grados; ese restablecimiento puede ser vital en los casos de las nulidades absolutas, como puede ser dejado a la apreciación de una persona, como es el caso de las nulidades relativas.

²² Pouyaud, Dominique, la nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991, p. 446.

“Por oposición a la nulidad absoluta cuyo fin es el de restablecer, en el interés general, el orden jurídico perturbado, cuando la norma violada tiende a la protección de una de las partes del acto, su trasgresión implica un atentado al orden jurídico en la medida en que la protección de la parte de que se trate no está asegurada; si esta última estima, con conocimiento de causa, que no necesita esa protección el fin de la norma no se contradice, la legalidad no necesita ser restablecida y la nulidad no se impone.”²³

V.- LAS DECISIONES A ADOPTAR

88.- Establecido entonces que el Tribunal adoptó decisiones que no fueron pedidas por las partes (declarar la nulidad de la cláusula de potestades excepcionales, dejar sin efecto el acto administrativo de terminación del contrato y condenar al Municipio con base en el incumplimiento de la obligación de pago del parqueo de los automotores al Contratista) y determinado también – en relación con la declaratoria de oficio de la nulidad – que el Tribunal no estaba autorizado por la ley para hacerla, es evidente que el laudo incurre en incongruencia lo que acarrea como consecuencia su anulación.

89.- De conformidad con el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, *“(..) cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”*.

90.- En el presente caso se configuró la causal de anulación prevista en el artículo 9 de la norma en cita, por presentarse un fallo *extra petita*, razón por la cual no procede adicionar el laudo. Se declarará fundado el recurso de anulación y se dispondrá la nulidad de la totalidad de su parte resolutive.

91.- No hay lugar a disponer el reembolso de honorarios por parte de los árbitros, toda vez que el inciso final del artículo 48 de la Ley 1563 de 2012 establece que tal devolución opera frente a las causales 3 a 5 y 7²⁴, pero en este caso prospera la causal 9 del artículo 41 de la citada ley.

VI.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

²³ Nulidad, restituciones y responsabilidad, Thibierge, Catherine. Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 357.

²⁴ *“Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”*.

92.- El artículo 188 del CPACA dispone que, salvo aquellos procesos en los que ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC, hoy CGP, porque la demanda se interpuso en su vigencia.

93.- El numeral 4 del artículo 365 del CGP establece que en la providencia del superior que revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas. Como en esta instancia se revocará la sentencia, la Sala condenará al pago de costas a la convocante.

94.- El numeral 1º del artículo 366 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por su parte, estableció que *“el secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla”*.

95.- En el presente asunto, la Sala restringirá la condena por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia y a cargo de la parte convocante, vencida en el trámite del presente asunto, de conformidad con los criterios y tarifas establecidas por el numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016²⁵, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por el apoderado de aquella en el trámite del recurso de anulación, la cual se evidencia en el plenario.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLARAR FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Municipio de San José de Cúcuta, contra el laudo arbitral de 14

²⁵ Las tarifas de agencias en derecho son:

(...)

9. Recursos extraordinarios: Entre 1 y 20 S.M.M.L.V.

de septiembre de 2015, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado a instancias del recurrente y de los señores Ruby Esmeralda, Jackson Alfonso y Brayner Fuentes Ramírez, en su condición de herederos del señor José Alfonso Fuentes Contreras, representante legal del Parqueadero Los Coches, por la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En consecuencia, se anula la totalidad de la parte resolutive del laudo al que se hace mención.

SEGUNDO. Fijar los honorarios del perito contador Carlos Arturo Parra Luna en el equivalente a DOCE MILLONES DE PESOS MCTE (\$12.000.000.00), los cuales serán asumidos por las partes en igual proporción.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte convocante. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

CUARTO.- RECONOCER personería jurídica al abogado Miguel Remberto Guerrero Mosquera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 12.902.932 y portador de la tarjeta profesional n.º 181.398 del C. S. J., en los términos de los poderes visibles a fls. 1435-1447 c. ppal., como apoderado de los señores Ruby Esmeralda, Jackson Alfonso y Brayner Fuentes Ramírez y Carmen Serrano Berbesí.

QUINTO.- En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cúcuta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

MIP

NOTA:

Frente a las observaciones del Dr. Montaña, es de anotar que en el laudo en realidad se condena al municipio como si fuera un depósito a pagar por el valor total del parqueadero de los vehículos como si el ente territorial fuera el depositante y no se habla de ninguna cuantía sino del total. Ese es el valor de la condena, luego la cláusula del valor sobre el porcentaje se desconoce totalmente.