

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL / FALLO EXTRA PETITA / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL

La Sala declarará infundado el recurso de anulación porque, a partir de la interpretación del contrato, se deduce que las partes estipularon el pacto arbitral, razón por la cual no prosperan las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011. También denegará la causal de nulidad fundada en la incongruencia del laudo porque es claro que el laudo se refiere a lo pretendido en la demanda que dio origen al proceso, sin que esté probada la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 1 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 2 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL PACTO ARBITRAL / REQUISITOS DEL PACTO ARBITRAL / VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

[C]onforme con la regulación actual del pacto arbitral, éste puede inferirse de la interpretación del contrato para determinar si, conforme con lo pactado, debe deducirse que las partes acordaron deferir la resolución de las controversias a la jurisdicción arbitral. En este punto deben usarse los criterios legales de interpretación aplicables, pues se trata de una estipulación de la cual solo se hace uso cuando se presenta la demanda. La determinación de la existencia del pacto arbitral no depende de que se plasmen en el documento determinadas palabras y menos aún de que en él se diga que se renuncia expresamente a la jurisdicción ordinaria. Esta labor de interpretación no fue hecha por el tribunal de arbitramento que, como quedó dicho, se limitó a deducir la existencia del pacto de la conducta procesal del demandado, desconociendo la normativa aplicable. Es una interpretación que hace la Sala porque la decisión que le corresponde tomar al juez de la anulación, de cara a la causal invocada, consiste en determinar si a la luz de lo pactado en el contrato puede afirmarse la inexistencia del pacto arbitral.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

El numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011 consagra la causal de anulación por <<falta de jurisdicción o de competencia>>, la cual se configura cuando un tribunal de arbitramento se pronuncia sobre (i) un asunto que no fue sometido por las partes a su decisión o (ii) una materia que no está sujeta al arbitraje.

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

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA ACUDIR AL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CLÁUSULA COMPROMISORIA / CLÁUSULA COMPROMISORIA / CLÁUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO / PLIEGO DE CONDICIONES

En el caso de la inexistencia del pacto arbitral, el juez de la anulación constata este presupuesto y lo declara; y la consecuencia no es invalidar una cláusula sino eliminar los efectos que, bajo la errada convicción de la existencia del compromiso, se produjeron: la consecuencia legal es anular el laudo que se profirió en un proceso que no podía tramitarse por la inexistencia del pacto. [...] La inexistencia se deduce cuando se acredita que las partes de ninguna manera manifestaron su voluntad de pactar arbitramento y que, de lo dicho en el contrato, sin duda alguna no puede deducirse la existencia de tal voluntad; y esto, como quedó dicho antes, no está demostrado en este caso. [...] La Sala estima entonces que la <<inexistencia>> del pacto arbitral, que es la causal alegada, debe deducirse de la interpretación de lo pactado en el contrato. Al recurrente le corresponde demostrar, a partir de allí, que <<no existió>> la voluntad de pactar arbitramento; es sobre ese elemento sobre el cual debe versar la inexistencia, puesto que tratándose de una cláusula compromisoria no hay duda sobre su objeto y ya quedó dicho que la expresión del consentimiento no está sujeto a ninguna formalidad. [...] Cabe indicar que no hay duda acerca de que la cláusula compromisoria puede estar en el contrato o en documentos diferentes, en virtud del artículo 4º de la Ley 1563 de 2012. No es necesario, entonces, que la cláusula obre únicamente en el texto del contrato, sino que puede estar contenida en el pliego de condiciones. Sobre todo, cuando éste forma parte integral del contrato.

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / MODALIDADES DE INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / FALLO EXTRA PETITA

El numeral 9 consagra una causal de anulación cuando el laudo haya recaído <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>>. Esta causal materializa el principio de congruencia de la decisión judicial. [...] En ese sentido, una interpretación integral de la demanda permitía al tribunal de arbitramento determinar que el fundamento del incumplimiento solicitado fue la imposibilidad de acceder al predio, como consecuencia de su ocupación por parte de una comunidad en La Guajira. El fallo, entonces, no es extra petita en la medida en que resolvió justamente si ese hecho era un incumplimiento por parte de la entidad contratante, al margen la calificación jurídica que podrían darle las partes (falta de planeación o desconocimiento de otra obligación contractual). En conclusión, no es evidente que el laudo se refiriera a una causa petendi no planteada por la parte convocante, teniendo en cuenta la facultad de interpretar la demanda que tienen los árbitros. Así, el fallo es congruente, razón por la cual no se configura la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

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

CONDENA EN COSTAS / CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL

En virtud del inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia. En los términos del numeral 9 del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La parte recurrente deberá pagar a favor de la ANI el mencionado monto, sin que existan sumas adicionales causadas durante el recurso que deban incluirse por concepto de costas.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00047-00(66030)

Actor: CONSORCIO MPS

Demandado: UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Tema: Se declara infundado el recurso de anulación, porque de la interpretación del contrato se infiere la estipulación de la cláusula compromisoria, y porque el laudo es congruente con las peticiones de la demanda.

SENTENCIA

Se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Uspec contra el laudo arbitral proferido el 29 de enero de 2020 por el tribunal de arbitramento convocado por el Consorcio MPS para dirimir las controversias relacionadas con el incumplimiento del contrato 346 de 2014.

La Sala es competente en virtud de lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, según la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado debe resolver los recursos de anulación formulados contra los laudos arbitrales <<en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas>>. En este asunto intervino como convocada la Uspec que es una unidad

administrativa especial con personería jurídica, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto Ley 4150 de 2011.

I. ANTECEDENTES

A.- El contrato, la cláusula compromisoria y la demanda arbitral

1.- En el laudo se resolvió una controversia sobre el contrato de consultoría suscrito entre las partes el 19 de diciembre de 2014, cuyo objeto era <<la elaboración de los estudios y diseños técnicos, arquitectónicos, trámites y permisos para la construcción del Eron¹ Epmc² Riohacha en el departamento de La Guajira>>.

2.- En el contrato, se incluyó la siguiente estipulación:

<<**CLÁUSULA DECIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:** Las partes, en aras de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas en la ejecución del contrato, acudirán a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción o el arbitraje.>>

En los numerales 5.18 y 5.22 del pliego de condiciones, cuyas estipulaciones formaban parte del contrato conforme con lo pactado en el mismo, se señaló lo siguiente:

<<5.18. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación o liquidación de este Contrato, será sometida a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de una diferencia y la explique someramente.

Las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa entre las partes se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato. El acuerdo a que llegue en la etapa de arreglo directo, es de obligatorio cumplimiento para las partes y presta mérito ejecutivo.

(...)

5.22.- SOLUCIÓN DIRECTA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:

Las partes, en aras de solucionar de forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la ejecución del contrato, acudirán a los mecanismos de

¹ Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional.

² Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario.

solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, la amigable composición, transacción o el arbitraje.>>

3.- El 22 de mayo de 2018, el Consorcio MPS (en adelante, el Consorcio) presentó demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Consorcio planteó que la Uspec había incumplido el contrato porque faltó a su deber de planeación al estimar inadecuadamente el riesgo político y social, porque la comunidad ocupó el predio donde debía desarrollarse la obra. Por este motivo, el consultor no pudo acceder al bien objeto de la consultoría. Entre otras, el contratista solicitó que se accediera a la siguiente pretensión:

<<1. Que se declare que la entidad de derecho público denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios — Uspec, ..., incumplió el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, celebrado el día 19 de diciembre de 2014, por falta de planeación causando daño cierto que debe ser indemnizado, al Consorcio MPS, identificado con NIT 900.800.883-4, conformado por Serdel Sucursal en Colombia, NIT 900637090-2, Ingenieros Mare Nostrum S.L., y Peyco Colombia, NIT 900.462.129-8.>>

B.- La integración del tribunal de arbitramento

4.- El 12 de julio de 2018 se llevó a cabo la reunión de designación de árbitros. Las partes decidieron nombrar de común acuerdo a tres árbitros principales y a tres suplentes³. En esa oportunidad, el apoderado de la Uspec advirtió que el contrato no contaba con cláusula compromisoria, así:

<<(…) el apoderado de la parte convocada manifiesta que no existe cláusula compromisoria respecto del Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014 en su cláusula décima cuarta, pues que solamente se hace una referencia al arbitraje y este no constituye una cláusula compromisoria⁴>>

5.- El 9 de octubre de 2018 se realizó audiencia de instalación del tribunal de arbitramento y se admitió la demanda⁵. El apoderado de la Uspec recurrió el auto admisorio, advirtiendo que *<<la cláusula compromisoria no es clara y por ello el Tribunal no es competente>>*. El tribunal confirmó la decisión pues esa no era la oportunidad para decidir sobre su competencia.

C.- La posición de la convocada

6.- En la contestación de la demanda, la Uspec planteó la excepción de no renuncia a la jurisdicción. Señaló que *<<no está estipulado la entidad o la forma en que se tiene que dar el amigable componedor, igualmente tampoco está estipulado la renuncia en acudir a la Jurisdicción con el fin de dirimir los conflictos suscitados en desarrollo del contrato tal y como lo realizó la entidad que incoó*

³Folios 103 a 104 del cuaderno principal No. 1.

⁴Folio 103 del cuaderno principal No. 1.

⁵Folios 224 a 228 del cuaderno principal No. 1.

demanda contractual ante el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca>>.

D.- La primera audiencia de trámite

7.- El 13 de junio de 2019 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite; en ella se profirió el auto 9, en el cual el tribunal se declaró competente con base en los siguientes argumentos:

7.1.- La cláusula décima cuarta del contrato es una cláusula compromisoria, en los términos del artículo 4º de la Ley 1563 de 2012. Esto, porque contiene una expresa manifestación de que las partes acudirán *<<al arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción “o el arbitraje”, instrumento al que acudió el Consorcio MPS mediante demanda instaurada el 22 de mayo.>>*

7.2.- Las partes realizaron la designación de árbitros, con lo cual quedó *<<inequívocamente establecida su intención de utilizar este mecanismo de solución de controversias.>>*

7.3.- La interpretación de que la cláusula décima cuarta es una cláusula compromisoria queda ratificada con la lectura del numeral 5.18 del pliego de condiciones, el cual hace parte del contrato.

8.- El apoderado de la Uspec interpuso reposición contra dicha decisión por considerar que no existía cláusula compromisoria. Mediante el auto 10, el tribunal la confirmó porque no se plantearon elementos nuevos a los estudiados cuando analizó su competencia.

E.- El laudo arbitral y su aclaración

9.- El 29 de enero de 2020 el tribunal de arbitramento profirió laudo arbitral, en el que accedió parcialmente a las pretensiones del convocante. Se declaró que la Uspec incumplió el contrato por no entregar el predio, así:

<<Segundo (2º).- Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo, se declara que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios —Uspec incumplió, en su parte pertinente, el contrato de consultoría 346 de 2014.>>

Como consecuencia de ello, el tribunal condenó a la convocada a pagar las sumas correspondientes al tercer producto y a la utilidad dejada de percibir. Igualmente, la condenó a pagar costas y agencias en derecho.

10.- El laudo desestimó la excepción de no renuncia a la jurisdicción con base en los siguientes argumentos:

10.1.- En el proceso *<<existió la inequívoca intención de acudir a este Tribunal, al haberse escogido los árbitros principales y suplentes de mutuo acuerdo para proferir el presente Laudo.>>*

10.2.- La excepción se fundamentó en la interposición de una demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero ello no fue probado en debida forma. En todo caso, la presentación de la demanda no inhibía al tribunal para pronunciarse de fondo y definir el asunto planteado.

10.3.- Las partes no pueden renunciar al pacto arbitral que fue estipulado con antelación y se activó con la interposición de la demanda arbitral y designación de árbitros de mutuo acuerdo. Ante la existencia de un pacto arbitral no se puede renunciar a éste sin el acuerdo de la otra parte, teniendo en cuenta la providencia de unificación del 18 de abril de 2013 proferida por el Consejo de Estado en el proceso 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859).

11.- El 5 de febrero de 2020 la parte convocante solicitó, entre otros asuntos, la corrección o adición del laudo porque el tribunal no había calculado el IVA causado con los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y con los honorarios de los árbitros y del secretario. Igualmente, pidió que a la condena en costas se adicione los intereses moratorios causados desde el vencimiento del plazo que tenía la parte convocada para consignar el monto que le correspondía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

12.- El 19 de febrero de 2020 el tribunal corrigió el ordinal sexto de la parte resolutive del laudo, e incluyó el IVA de los honorarios de los árbitros, el secretario y gastos del Centro de Arbitraje. Igualmente, indicó que se causaban intereses solicitados en la adición.

F.- El recurso de anulación, su oposición y el concepto del Ministerio Público

13.- El 31 de marzo de 2020 la Uspec presentó recurso de anulación contra el laudo arbitral⁶. Para la recurrente, la decisión arbitral debe ser anulada porque se configuraron las causales 1, 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

13.1.- La causal 1 se configuró por la *inexistencia* de pacto arbitral en el contrato de consultoría No. 346 de 2014. En ese sentido, indicó que la cláusula décima cuarta no puede ser interpretada como una cláusula compromisoria porque no contiene la voluntad inequívoca de acudir al arbitraje, así:

<< conforme el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, se exigen como requisitos del pacto: (1) la expresión de la voluntad de las partes de someter una controversia presente o futura a arbitraje, y (2) que esta se encuentre contenida en una cláusula compromisoria o compromiso.

(...)

Revisada la cláusula contractual, se observa que, si bien fue debidamente suscrita tanto por el Consorcio MPS como por la USPEC, al hacer parte

⁶Folios 566 a 581 del cuaderno del recurso de anulación.

integrante del Contrato de Consultoría, su redacción a simple vista da lugar a cuestionamientos sobre el verdadero propósito de la misma. Esto tiene una relación directa con la exigencia del primer requisito del pacto arbitral enunciado anteriormente, esto es, la existencia de un acuerdo mediante el cual las partes expresen su voluntad de acudir a arbitraje para resolver su controversia, elemento esencial para predicar que un pacto arbitral existe. Así pues, en este caso, se observa que de la redacción de la cláusula décima cuarta del Contrato de Consultoría No. 346 de 2014 no es dable concluir una voluntad inequívoca de acudir a arbitraje (...)>>

En concordancia con ese argumento, señaló que, aunque la Ley 1563 de 2012 permite suplir varios elementos del arbitraje cuando no son estipulados, <<*la voluntad inequívoca de las partes es elemento esencial del pacto arbitral, que en caso de no resultar evidenciado debe dar lugar a la falta de competencia de los árbitros*>>.

Planteó que el pacto arbitral debe indicar la voluntad de las partes de acudir de manera imperativa al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En ese sentido, señaló que la cláusula décima cuarta se limita a enunciar <<*meramente las opciones, pero sin establecer de manera inequívoca y clara que la voluntad es acudir en concreto a solo uno de ellos, esto es, a unos particulares que resuelvan su controversia y a sustraer el conocimiento de la misma de la jurisdicción estatal*>>.

Indicó que, contrario a lo señalado por el tribunal de arbitramento al momento de asumir la competencia del proceso, el hecho que la Uspec hubiera participado en la designación de los árbitros no implicaba que estuviera aceptando la existencia de la cláusula compromisoria, teniendo en cuenta que en esa oportunidad puso de presente la inexistencia del pacto arbitral.

Advirtió que cumplió con la exigencia del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 consistente en presentar, en la primera audiencia de trámite, recurso contra el auto en el que el tribunal se pronunció sobre su competencia.

13.2.- Consideró que la causal 2, referente a la *falta de jurisdicción*, también se configuró por la inexistencia de pacto arbitral; y reiteró que cumplió con el requisito de interponer recurso contra el auto en el que el tribunal se declaró competente para conocer la controversia planteada por el Consorcio MPS.

13.3.- La causal 9 se configuró porque el tribunal profirió un laudo *extrapetita*. Esto, porque el convocante había solicitado que se declarara el incumplimiento de la Uspec por <<*falta de planeación*>>. No obstante, el tribunal declaró el incumplimiento de la convocada <<*en su parte pertinente*>> del contrato, teniendo en cuenta que no cumplió con su obligación de entrega del predio.

14.- Del recurso de anulación se corrió traslado a la convocante, quien se opuso a su prosperidad⁷ con base en los siguientes argumentos:

14.1.- No se configuró la inexistencia del pacto arbitral, porque debía tenerse en cuenta el pliego de condiciones. Este no sólo hace parte integral del contrato, sino que debe prevalecer frente a contradicciones con el contrato. En particular, indicó que la voluntad inequívoca se deriva de los numerales 5.18 y 5.22 del pliego de condiciones⁸.

Sostuvo que aceptar la posición de la Uspec afectaría la confianza legítima del Consorcio MPS de que el contrato contara con cláusula compromisoria como se derivaba de los pliegos de condiciones. Agregó que la conducta de la Uspec es contraria a la teoría de los actos propios, teniendo en cuenta que en el proceso de selección había desplegado una conducta que indicaba que habría cláusula compromisoria en el contrato y, posteriormente, pretendió desconocerlo.

14.2.- Frente a la falta de jurisdicción indicó que, desvirtuada la inexistencia del pacto, no procede el cargo planteado. Sin perjuicio de ello, señaló que falta de claridad del acuerdo es suplida por el artículo 2º de la Ley 1563 de 2012.

14.3.- Frente al tercer cargo, indicó que el recurrente en realidad está discutiendo la argumentación del tribunal. En ese sentido, no se está refiriendo a un error *in procedendo*, sino a argumentos sustantivos.

15.- El 28 de abril de 2020, el Ministerio Público presentó concepto frente al recurso de anulación⁹, así:

15.1.- Por un lado, consideró que el recurso de anulación es fundado en relación con los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Esto, porque la cláusula décima cuarta no puede ser interpretada como una cláusula compromisoria, en la medida en que no establece de manera inequívoca que las partes acudirían al arbitramento. En la cláusula, el arbitraje <<*aparece entre las posibilidades que título ejemplificativo señalan las partes como mecanismo para solucionar las eventuales diferencias*>>.

15.2.- Por el otro, indicó que debería declararse infundado el recurso en lo relacionado con la causal del numeral 9 del artículo 41. Para el Ministerio Público, el tribunal de arbitramento podía válidamente interpretar el verdadero sentido de la protección judicial presentada.

16.- El 11 de febrero de 2021, el apoderado de la Convocada presentó un documento en el que considera que no procedía decretar la medida cautelar ordenada en el auto que admitió el recurso de anulación el 15 de diciembre de 2020. No obstante, indicó <<*en forma expresa que no se está incoando recurso*>>.

⁷Folios 590 a 641 del cuaderno del recurso de anulación.

⁸Este documento obra a folios 31 a 64 del cuaderno de pruebas.

⁹Folios 662 a 686 del cuaderno del recurso de anulación.

alguno>>, razón por la cual la Sala no se pronunciará frente al memorial, pues no contiene una petición de la parte.

II. CONSIDERACIONES

17.- La Sala declarará infundado el recurso de anulación porque, a partir de la interpretación del contrato, se deduce que las partes estipularon el pacto arbitral, razón por la cual no prosperan las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011. También denegará la causal de nulidad fundada en la incongruencia del laudo porque es claro que el laudo se refiere a lo pretendido en la demanda que dio origen al proceso, sin que esté probada la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011.

En relación con la estipulación del pacto arbitral, la Sala:

17.1.- Estima que esta circunstancia no estructura la causal de anulación del numeral 2, referida a la falta de competencia o jurisdicción del tribunal, pues dicha causal se configura cuando el laudo resuelve asuntos que no pueden ser legalmente objeto de arbitramento.

17.2.- Advierte que la existencia del pacto arbitral no puede deducirse de la interposición de la demanda y de la concurrencia de la contraparte a la designación de árbitros. Esa conducta que evidencia obrar con lealtad procesal y supone sujetarse a las decisiones del tribunal de arbitramento, en vez de obstaculizar o dilatar su conformación, no puede utilizarse en contra de quien procede de esta forma como lo hizo en este caso el panel arbitral.

17.3.- Considera que, conforme con la regulación actual del pacto arbitral, éste puede inferirse de la interpretación del contrato para determinar si, conforme con lo pactado, debe deducirse que las partes acordaron deferir la resolución de las controversias a la jurisdicción arbitral. En este punto deben usarse los criterios legales de interpretación aplicables, pues se trata de una estipulación de la cual solo se *hace uso* cuando se presenta la demanda. La determinación de la existencia del pacto arbitral no depende de que se plasmen en el documento determinadas palabras y menos aún de que en él se diga que se renuncia *expresamente* a la jurisdicción ordinaria. Esta labor de interpretación no fue hecha por el tribunal de arbitramento que, como quedó dicho, se limitó a deducir la existencia del pacto de la conducta procesal del demandado, desconociendo la normativa aplicable. Es una interpretación que hace la Sala porque la decisión que le corresponde tomar al juez de la anulación, de cara a la causal invocada, consiste en determinar si a la luz de lo pactado en el contrato puede afirmarse la *inexistencia* del pacto arbitral.

G.- No se configuró la falta de competencia del tribunal de arbitramento

18.- El numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011 consagra la causal de anulación por <<falta de jurisdicción o de competencia>>, la cual se configura cuando un tribunal de arbitramento se pronuncia sobre (i) un asunto que no fue sometido por las partes a su decisión o (ii) una materia que no está sujeta al arbitraje.

La doctrina indica lo siguiente sobre los motivos por los cuales en la causal se habla indistintamente de falta de jurisdicción o de competencia:

*<<La norma consagra como causal de anulación la falta de jurisdicción o de competencia. La comisión redactora prefirió emplear las dos expresiones, dadas las discusiones que en su momento se dieron acerca de si **cuando había un compromiso o cláusula compromisoria** existía falta de jurisdicción¹⁰ o falta de competencia¹¹. Podría sostenerse que las dos expresiones podrán tener un sentido distinto en materia arbitral, pues, por ejemplo, podría pretenderse que cuando la ley no permite someter a arbitraje una determinada controversia hay falta de jurisdicción, en tanto que cuando simplemente la controversia no está sujeta a arbitramento por falta de voluntad de las partes, hay competencia. Sin embargo, dicha diferencia no tiene trascendencia frente al recurso de anulación, pues la ley contempla el mismo tratamiento.¹²>>*

A diferencia de la causal del numeral 1, en este caso no se discute que exista cláusula compromisoria o compromiso. En el supuesto de la norma antes citada, es claro que el pacto arbitral existe, pero el tribunal arbitral profirió un laudo sobre un asunto que no es transigible o que las partes no habían sometido a su decisión.

Lo anterior permite descartar la configuración de esta causal. En este caso el recurrente afirma que esta causal se configura porque no existe cláusula compromisoria. No plantea que el asunto no hubiera sido sometido por las partes a la decisión arbitral o que fuera una materia que no es arbitrable. En consecuencia, lo que se debe estudiar es si existe pacto arbitral o no.

H.- La existencia del pacto arbitral no puede deducirse de participación de la convocada en la elección de los árbitros ni de la simple presentación de la demanda arbitral

19.- Las consideraciones a partir de las cuales el tribunal de arbitramento estableció la existencia de la cláusula arbitral son, textualmente, las siguientes:

<<El Tribunal observa que en la anterior cláusula las partes dispusieron que cualquiera de las controversias que surgieran entre ellas de la ejecución del contrato, haciendo uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

¹⁰En ese sentido, por ejemplo, Morales, Hernando, Curso de derecho procesal civil, Parte general, 6ª ed., ABC, p. 339.

¹¹En ese sentido, López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, 9ª ed., Dupré, 2005 p. 931.

¹²Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional. En: Ajure Salame, Antonio et al. Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje, Ministerio de Justicia y del Derecho y LEGIS, 2013, pp. 277 y 278.

que de manera opcional la Ley permite se haga uso, y particularmente en este caso por expresa manifestación de las partes al arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción "o el arbitraje"; instrumento al que acudió el Consorcio MPS mediante demanda instaurada el 22 de mayo de 2018, **y en cuyo trámite las partes de manera voluntaria y de mutuo acuerdo realizaron la designación de los árbitros que lo integran, quedando inequívocamente establecida su intención de utilizar éste mecanismo de solución de controversias**, así como que el texto de la cláusula compromisoria es acorde con la definición del artículo 4º de la Ley 1563 de 2012, estatuto que además regula todos los demás aspectos no indicados dentro del texto de la misma.

Lo anterior se ratifica, además, con lo dispuesto en el numeral 5.18 del pliego de condiciones el cual forma parte del contrato objeto de la presente controversia por expresa remisión que del mismo se hace en la cláusula trigésima del contrato de consultoría 346 del 19 de diciembre de 2014.>>

19.1.- El hecho que la parte convocada haya participado en la designación de los árbitros no puede servir de fundamento para considerar que sí existe pacto arbitral como lo dedujo el tribunal de arbitramento, sin fundamento legal alguno.

La exigencia normativa para estudiar esta causal no es oponerse a la designación de árbitros: el artículo 41¹³ de la Ley 1563 de 2012 es claro en exigir simplemente que se interponga recurso contra el auto que asume competencia proferido en la primera audiencia de trámite. Esto ocurrió en el presente caso, como se advierte del acta de la audiencia llevada a cabo el 13 de junio de 2019.

Además, esa postura el tribunal ignora que la parte convocada actuó de buena fe en la designación para no dilatar el trámite, a tal punto que en dicha diligencia¹⁴ expresamente indicó que *<<no existe cláusula compromisoria respecto del Contrato de Consultoría No. 346 del 19 de diciembre de 2014 en su cláusula décima cuarta, puesto que solamente se hace una referencia al arbitraje y este no constituye una cláusula compromisoria.>>*

El parágrafo del artículo 3º de la Ley 1563 consagra que se puede entender probada la existencia del pacto en los siguientes casos:

<<PARÁGRAFO. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.>>

Dentro de la norma citada no se encuentra participar en la designación de los árbitros. Ello tiene un motivo: es contrario a los postulados de la buena fe que una parte confíe legítimamente en que terceros calificados estudien si existe, o no, un pacto arbitral y estos deriven la existencia del hecho de haber sido designados.

¹³Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia".

¹⁴Folios 103 a 104 del cuaderno principal No. 1.

Esa posición generaría un desincentivo en confiar en la independencia de la justicia arbitral para decidir si en un caso concreto existe un pacto arbitral.

I.- No se configura la nulidad por inexistencia del pacto porque de lo pactado por las partes puede deducirse que su voluntad fue someter la resolución de los conflictos que surgieran del contrato a la justicia arbitral

20.- El numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2011 establece que una causal de anulación del laudo es **<<la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral>>**¹⁵.

En relación con la *inexistencia* del pacto arbitral, que es el fundamento de la causal invocada en el recurso, la Subsección A de la Sección Tercera se ha pronunciado de la siguiente manera:

*<<La inexistencia del negocio jurídico puede presentarse por varias circunstancias, entre las principales a saber: i) por el desconocimiento o ausencia de uno de los elementos esenciales de la respectiva convención; ii) por la ausencia de consentimiento; iii) por la ausencia de objeto; iv) por la ausencia de causa y v) por la omisión de una solemnidad necesaria para el perfeccionamiento (ad substantiam actus).>>*¹⁶

Esta posición concuerda con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio contiene los requisitos de la existencia de un negocio jurídico, así:

<<Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.>>

La doctrina ha precisado la noción de *inexistencia* para señalar que cuando se habla de ella no resulta ni siquiera apropiado referirse a *inexistencia de un acto jurídico*, pues se trata de una *situación* en la que el mismo no nació a la vida jurídica y que, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad, cuando el juez debe pronunciarse sobre ella solo hace una *declaración* sin que tenga que ordenar prestaciones consecuenciales, que es lo que ocurre cuando hablamos de *nulidad* del acto jurídico.

Edgar Ramírez Baquero advierte, que en el ejemplo clásico del contrato de compraventa de un inmueble que no se perfecciona porque no se suscribe la escritura pública y que debe estimarse *inexistente*, pero respecto del cual las partes han cumplido prestaciones que es necesario retrotraer, el juez declara la inexistencia y las pretensiones de las partes son *extra contractuales* (reivindicación y restitución por pago de lo no debido) y no son consecuenciales a

¹⁵Aunque inicialmente la causal consagraba la invalidez "*absoluta*", la Corte Constitucional declaró inexecutable esta expresión. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-572 de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.

¹⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2019, exp. n.º 64142, C.P. María Adriana Marín.

la eliminación judicial de un vínculo que no existió, que es lo que ocurre cuando se declara la nulidad del contrato:

<<(…) Para comenzar es imperativo llamar la atención en la contradicción involucrada en las expresiones acto jurídico inexistente y negocio jurídico inexistente apreciable bajo la sencilla consideración de que la palabra inexistencia aplica a los actos o negocios jurídicos indica ausencia falta de una entidad negociar, esto es, son inductivas al entendimiento de que no hay negocio de que se trata de un no acto. Todo ello invita a que se erradique del lenguaje jurídico la expresión << acto negocio jurídico inexistente>> para ser relevada por otra que proponemos sea estados o situaciones de inexistencia. Otra conclusión emergente del discurso anterior es que la llamada inexistencia no es una categoría especie o manifestación de la ineficacia de los negocios jurídicos se trata más bien de un estado que describe la situación en que se ubican quienes no arriban al punto final del proceso originador de un acto jurídico (...)

En ese mismo orden de ideas si en una específica situación los sujetos interesados en originaron negocio acto o contrato no han ajustado su actividad pre negociar a la exacta descripción abstracta e impersonalmente delineada en el sistema jurídico su esfuerzo no es idóneo para producir el efecto deseado porque falta el supuesto de hecho requerido para la activación de la consecuencia. En otras palabras ... los sujetos de derecho interesados en originar un negocio jurídico no han recorrido en su integridad la plenitud el supuesto de hecho delineado en el orden jurídico como condición para que se incursione en el mundo de lo negociado

En materia de nulidad el acto procesal de decisión será de linaje constitutivo al paso que en la situación de inexistencia lo será de corte meramente declarativo en el primer evento la sentencia creará para él una nueva condición esto es producirá sobre él una variante sustancial que los dotará de un estatus que antes no ostentaba al paso que en el segundo el fallo judicial no modificará en manera alguna la condición de las cosas>>¹⁷.

En el caso de la inexistencia del pacto arbitral, el juez de la anulación *constata* este presupuesto y lo declara; y la *consecuencia* no es *invalidar* una cláusula sino eliminar los efectos que, bajo la errada convicción de la existencia del compromiso, se produjeron: la consecuencia legal es anular el laudo que se profirió en un proceso que no podía tramitarse por la *inexistencia* del pacto.

Para referirse a este tipo de *inexistencia*, que es la que se presenta cuando no están reunidos los elementos de la esencia del pacto, la doctrina se refiere a la *inexistencia propia* para distinguirla de los eventos en los cuales es la ley la que indica que determinado pacto se tendrá por no escrito.

<<Entendemos por inexistencia propia la consecuencia negativa que se sigue de la falta de los elementos esenciales instituidos en la ley para que el negocio jurídico surja a la vida del derecho. Independientemente de su validez o su

¹⁷Ramírez Baquero, Edgar. La ineficacia del negocio jurídico. Universidad del Rosario, Textos de jurisprudencia, 2008, p. 27.

eficacia, se entiende que el negocio existe cuando confluyen los presupuestos esenciales que la doctrina denominado requisitos de existencia del acto jurídico (voluntad o consentimiento en su caso, objeto causa y solemnidades cuando la voluntad sólo puede manifestarse por medio de una formalidad externa). Este tipo de inexistencia puede generar algunos efectos jurídicos los cuales derivarán de la presencia de un determinado elemento que por sí solo provoca una consecuencia jurídica efectos autárquicos o bien de la gestación de una apariencia calificada por la ley (...) Diversa es la situación de la <<inexistencia impropia>>. En estos casos es la misma ley la que ordena imperativamente que un negocio jurídico sea tenido como inexistente; por lo general la ley alude a que el acto se tendrá por no escrito o una cláusula por no puesta. Lo curioso es que estas disposiciones es que se refieren a actos jurídicos completos (...)>>¹⁸.

Para determinar si existió pacto arbitral anterior es legítimo que el juez *interprete* lo estipulado en el contrato, puesto que la ley, aunque exige la expresión del consentimiento dirigido a pactar el arbitramento, no impone la utilización de una fórmula sacramental y no exige la *renuncia expresa* a la jurisdicción ordinaria del Estado. La inexistencia no se deduce de la ausencia de una estipulación en la que, de manera, clara, expresa e inequívoca las partes hayan acordado acudir a arbitramento. La inexistencia se deduce cuando se acredita que las partes de ninguna manera manifestaron su voluntad de pactar arbitramento y que, de lo dicho en el contrato, sin duda alguna no puede deducirse la *existencia* de tal voluntad; y esto, como quedó dicho antes, no está demostrado en este caso.

21.- En este punto la Sala advierte que podría relevarse una modificación legislativa dirigida a eliminar la exigencia de *renunciar* de manera expresa a la jurisdicción ordinaria; si conforme con las normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998 podía considerarse que se requería de esta formalidad, habría que concluir que en la Ley 1563 tal exigencia no existe y que ella se sustituya por una <<*inferencia*>> o consecuencia implícita señalando que quien pacta arbitramento *renuncia* a la jurisdicción estatal.

Los artículos 117 y 118 del Decreto 1818 disponían lo siguiente:

*<<ARTÍCULO 117. PACTO ARBITRAL. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, **las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.** (Artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989).*

ARTÍCULO 118. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (...)>>

El artículo 3 de la ley 1563, en cambio, dispone:

¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo. Inexistencia y nulidad en el código civil chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1995, p. 15.

<<El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

*El pacto **arbitral implica** la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.>>*

A partir de lo anterior, lo primero que parece claro es que la legislación colombiana no exige una manifestación expresa o inequívoca: es suficiente que de la estipulación pactada en el contrato se deduzca que la voluntad de las partes fue la de someter la resolución de las controversias derivadas del contrato a la jurisdicción arbitral.

La siguiente nota de la doctrina española resulta aplicable a nuestro medio en el sentido de considerar que no se requiere hacer una manifestación expresa o precisa o *<<sacramental>>* para entender pactado el arbitramento: es suficiente que de la cláusula se deduzca que esa fue la voluntad; y para que prospere el recurso es necesario acreditar que tal voluntad *<<no existió>>*:

<<En el artículo 5 de la ley 1988 (legislación anterior anterior), la voluntad aludida debía ser <<inequívoca>>, adjetivo que con buen acuerdo ha suprimido el legislador actual (que simplemente dispone el convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias). Aun cuando nunca se interpretó así, finalmente ha dominado el sentido común, ya que requerir que la expresión de la voluntad sea inequívoca significa excluir cualquier posible interpretación y privar de carácter arbitral los convenios que no resulten inequívocos, lo cual es absurdo.>>¹⁹

En nuestra legislación, la cláusula compromisoria es una especie del pacto arbitral, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012. En ese sentido, hacer referencia a esa noción conlleva que las partes estipularon acudir al arbitraje para someter sus controversias.

Cabe mencionar que el artículo 3º no demanda que se exprese también la decisión de *<<renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces>>*, pues de acuerdo con la misma norma el pacto arbitral implica tal renuncia: ese efecto negativo del pacto²⁰.

Igualmente, la ley no cualifica la expresión del consentimiento de las partes para dar por pactado el arbitramento. No lo somete a la expresión formal o sacramental de una declaración específica y ello permite deducir su existencia cuando pueda inferirse que las partes tenían la voluntad de pactar el arbitraje, conforme *exista* una manifestación expresada en el texto.

¹⁹ Díez-Picazo Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial. T.IV. Thomson Civitas, 2010, p. 719

²⁰ La doctrina distingue entre el efecto *<<positivo>>* del pacto arbitral que consiste en *<<confiar a los árbitros la decisión de resolver un litigio futuro>>* del efecto *<<negativo>>* que consiste en *sustraer del conocimiento de ese litigio a la jurisdicción estatal>>* (Vr. Billefont, Jean, la liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, LGD, 2013, p. 159).

Es pertinente recordar que la doctrina ha señalado que <<(…) en oportunidades la ley exige una declaración “explícita” o que se diga algo “expresamente” como requisito constitutivo del correspondiente negocio jurídico, por ejemplo para la solidaridad en materia civil (artículo 1568) para la novación por cambio de deudor (artículo 1694), giros tradicionales del lenguaje que suscitan la inquietud de si efectivamente, de no emplearse al efecto la declaración y no utilizarse el lenguaje categórico la disposición no produciría efectos, así sean evidentes su ocurrencia y su sentido.>>²¹ Y advertir que, en este caso, la ley no hace ninguna advertencia expresa relativa a la necesidad de determinada manifestación en el contrato, razón por la cual es perfectamente admisible que el tribunal interprete si de lo expresado en el contrato puede inferirse la estipulación del pacto arbitral.

Así las cosas, la expresión que indica que en caso de no solucionar las controversias directamente, las partes las **resolverán**²² <<de acuerdo con la **cláusula compromisoria** del presente Contrato>> es suficiente²³, porque todos los demás elementos de ese pacto (número de árbitros, forma de escogencia, sede del arbitramento) están regidos por normas que suplen la voluntad de las partes cuando no han sido objeto de estipulación expresa. Por esto, la doctrina ha indicado que la reglamentación del pacto arbitral está prevista de una <<estructura preexistente que se ofrece al acuerdo de las partes que pueden limitarse a optar por el arbitraje sin tener que prever todas las consecuencias de su acuerdo>>²⁴

La Sala estima entonces que la <<inexistencia>> del pacto arbitral, que es la causal alegada, debe deducirse de la interpretación de lo pactado en el contrato. Al recurrente le corresponde demostrar, a partir de allí, que <<no existió>> la voluntad de pactar arbitramento; es sobre ese elemento sobre el cual debe versar la inexistencia, puesto que tratándose de una cláusula compromisoria no hay duda sobre su objeto y ya quedó dicho que la expresión del consentimiento no está sujeto a *ninguna formalidad*.

Teniendo en cuenta particularmente lo estipulado en el pliego de condiciones que forma parte del contrato y advirtiendo que se trata de una cláusula elaborada por la parte recurrente, la Sala no considera que, a partir de lo allí contenido, deba concluirse la <<inexistencia del pacto arbitral>>: que no existió la intención por parte de la entidad de pactarlo y que es eso lo que debió entender el contratista al celebrar el contrato.

²¹ Hinestrosa, Fernando, Tratado de las obligaciones, II. V. I., p. 464.

²² <<Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva termina por una de dos vías: a) se disuelve por los propios interesados, directamente o indirectamente o b) se resuelve por acto de autoridad, legal o convencional.>> (Alvarado Velloso, Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal Civil, Librería Jurídica Dikaia, Colombia, 2011, p. 5.)

²³ <<Para que exista cláusula compromisoria, basta indicar que se decidirá por árbitros la futura controversia>> (López, Hernán Fabio, Proceso arbitral nacional, Dupre, 2013, p. 90)

²⁴ Billefont, Jean, la liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, LGD, 2013., p. 203.

22.- En tres (3) estipulaciones del contrato se hace referencia al arbitramento. La primera disposición relevante es la cláusula décima cuarta que obra en el contrato, así:

<<CLÁUSULA DECIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Las partes, en aras de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas en la ejecución del contrato, **acudirán** a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción o **el arbitraje.**>>*

Los dos apartados restantes se encuentran en el pliego de condiciones. Éste forma parte integral del contrato, en virtud de la cláusula trigésima del negocio jurídico. El capítulo V del pliego se refiere a las <<condiciones de celebración del contrato>>. Dentro de estas condiciones se encuentran las siguientes estipulaciones:

<<5.18. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación o liquidación de este Contrato, será sometida a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra la existencia de una diferencia y la explique someramente.

Las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa entre las partes se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato. *El acuerdo a que llegue en la etapa de arreglo directo, es de obligatorio cumplimiento para las partes y presta mérito ejecutivo.*

(...)

5.22.- SOLUCIÓN DIRECTA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:

*Las partes, en aras de solucionar de forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la ejecución del contrato, **acudirán** a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, la amigable composición, transacción o el arbitraje.>>*

Cabe indicar que no hay duda acerca de que la cláusula compromisoria puede estar en el contrato o en documentos diferentes, en virtud del artículo 4⁰²⁵ de la Ley 1563 de 2012. No es necesario, entonces, que la cláusula obre únicamente en el texto del contrato, sino que puede estar contenida en el pliego de condiciones²⁶. Sobre todo, cuando éste forma parte integral del contrato.

²⁵Artículo 4°. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él."

²⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. n.º 36537, C.P.(E) Mauricio Fajardo Gómez.

23.- En el presente caso se discuten dos (2) lecturas de los apartados mencionados: por un lado, se encuentra la posición de la entidad convocada que indica que la cláusula décima cuarta no consagra una cláusula compromisoria porque deja al arbitrio de las partes decidir el mecanismo de solución de controversias al cual pueden someterse.

Por el otro, se encuentra la posición del contratista que indica que esa cláusula debe interpretarse integralmente con los numerales 5.18 y 5.22 del pliego de condiciones. El numeral 5.22 reproduce la cláusula compromisoria. Y esto es claro porque el numeral 5.18 contiene la voluntad inequívoca de acudir al arbitraje: allí se señala que las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa <<se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato.>>

24.- Para resolver cuál de las diferentes lecturas del contrato debe prevalecer, es preciso acudir a las reglas de interpretación contractuales. La doctrina explica este fenómeno de la siguiente manera:

*<<La manifestación de voluntad exteriorizada permite dirigirse hacia dos aspectos particulares, la decisión o no de celebrar el negocio jurídico y el contenido específico del mismo, denominados libertad de contrato y libertad de contenido (Shafer & Ott, 1991). Frente a la ausencia o a una manifestación viciada en la libertad de contratación, el ordenamiento responderá, con la declaración de inexistencia del acto jurídico, en el primer caso, y de rescisión por vicios del consentimiento, en el segundo, pero **frente a una distorsión o desacuerdo en cuanto al real contenido del contrato, la respuesta le corresponderá al fallador a través de la labor de interpretación** de las disposiciones contractuales para desentrañar la voluntad real de los contratantes.²⁷>>*

En este sentido, en el presente caso existe una manifestación que se encuentra en la cláusula décima cuarta y en los numerales 5.18 y 5.22 del pliego de condiciones. La cuestión radica, entonces, en entender cuál es el contenido real de dichas estipulaciones y si de ellas puede inferirse la voluntad de pactar arbitramento.

25.- Para resolver la duda interpretativa es preciso acudir a las reglas previstas en los artículos 1614 a 1618 del Código Civil. Al respecto, la Subsección A ha indicado lo siguiente:

*<<Del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos. Según la doctrina especializada²⁸, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones, esto es, **(i) la búsqueda de la común intención de las partes — communis intentio o voluntas spectanda—** y **(ii) la buena fe contractual**. Las reglas,*

²⁷ Plata López, Luis Carlos y Monsalve Caballero, Vladimir. La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 44. Medellín: 2014, pp. 23 y 24.

²⁸ Un estudio detallado del tema puede encontrarse en: JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*. Grupo Editorial Ibañez, 2016.

por su parte, son cinco: **(i)** la especificidad, **(ii)** la interpretación efectiva, útil o conservatoria **(iii)** la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; **(iv)** la interpretación contextual, extensiva y auténtica; **(v)** la interpretación incluyente o explicativa y **(vi)** la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente.

En lo que aquí incumbe, hay que decir que la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.²⁹>>

En el presente caso, no se puede deducir cuál fue la intención de las partes, esto es, aplicar el criterio subjetivo, a partir del comportamiento de las partes. Esto, porque una de ellas manifiesta que no fue intención acudir a la justicia arbitral, y la otra afirma que su entendimiento es que se estaban obligando a ello; y como ya se dijo la única deducción de su <<utilización>> es la relativa a la presentación de la demanda.

Por lo anterior, hay que acudir a las reglas interpretativas objetivas. Estas reglas no permiten concluir la inexistencia del pacto alegada por el recurrente.

25.1.- Debe tenerse en cuenta el artículo 1620 del Código Civil, que consagra la doctrina del efecto útil, así:

<<ARTICULO 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.>>

La doctrina se ha referido a la doctrina del efecto útil como una regla de interpretación pragmática. Si hay una cláusula ambigua de la cual se puedan deducir las dos conclusiones, se prefiere que el acuerdo entre las partes produzca efectos jurídicos a que no lo haga; se estima que si las partes se refirieron a determinado pacto fue para incluirlo y no para excluirlo. En ese sentido, se indica lo siguiente:

<<El pragmatismo contenido en esta cláusula oculta también un valor que subyace a esta regla interpretativa: es preferible que exista derecho a que no exista, que exista un efecto jurídico a que no exista (...) si dos contratantes celebraron un contrato en cuya ejecución aparecieron tensiones interpretativas, es seguro afirmar que, por lo menos, ambos quisieron celebrar un contrato que tuvieran efectos jurídicos en su relación intersubjetiva de contenido patrimonial.

(...) Si existen discrepancias sobre la interpretación acerca de un término, una obligación, un derecho o una cláusula, debe asumirse, en todo caso, que no existe discrepancia sobre la intención común de que el negocio jurídico produzca efectos jurídicos, independientemente de que no haya acuerdo de qué efectos.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 40353, C.P. María Adriana Marín.

La regla de interpretación del efecto útil de los contratos también conocida como la conservación del negocio jurídico (favor contractus) es la preferencia de la interpretación (como resultado) que le asigne efectos jurídicos sobre otra interpretación (como resultado) que no genere efectos jurídicos.³⁰>>

En este caso y particularmente frente a lo estipulado en el pliego de condiciones que forma parte del contrato porque así fue acordado por las partes, se señala que <<las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa entre las partes se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato>>. Podría considerarse que luego en ninguna parte del texto se incluyó una <<cláusula compromisoria>> como una estipulación expresa y dirigida exclusivamente a regular este aspecto. Pero también puede considerarse que cuando se afirma que las diferencias se resolverán conforme con una cláusula compromisoria, debe deducirse que las partes y, para ser exactos, la entidad contratante sí manifestó su voluntad de acudir al arbitramento, luego este entendimiento de la contratista es correcto.

Lo otro sería considerar que la referencia anterior no tenía ningún propósito, que se hizo sin ninguna finalidad y que no implica de ninguna manera la voluntad de someterse arbitramento. Escoger esta opción interpretativa es desconocer la regla de hermenéutica del efecto útil a la que se hace referencia.

Conforme al principio útil explicado previamente debe preferirse la segunda interpretación. De lo contrario, el numeral 5.18 del pliego de condiciones no tendría efecto jurídico. El aparte que indica que las diferencias deben resolverse conforme a la cláusula compromisorio, sería letra muerta.

Aquí vale la pena considerar que el propio recurrente no descarta esta interpretación, cuando afirma razonablemente <<su redacción a simple vista da lugar a cuestionamientos sobre el verdadero propósito de la misma>>. Ante ese cuestionamiento, la regla de interpretación no conduce a probar la inexistencia. La regla no consiste en considerar que ante una duda sobre un pacto debe entenderse que las partes no quisieron estipularlo: lo que indica la regla es todo lo contrario.

25.2.- En gracia de discusión frente al criterio interpretativo anterior, se encuentra el artículo 1624 del Código Civil, que permite llegar a una conclusión similar. Esta norma indica lo siguiente:

<<ARTICULO 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

*Pero **las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes**, sea acreedora o deudora, **se interpretarán contra ella**, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.>>*

³⁰ Parra Herrera, Nicolás, Temperamentos Interpretativos: interpretación del contrato, la ley y la Constitución. Bogotá: LEGIS, 2018, pp. 127 y 128.

La doctrina explica el alcance de esta regla de la siguiente manera:

<<La segunda regla que consagra el artículo 1624 es la interpretación en contra de quien redactó la cláusula (contra stipulatorem). Esta regla tiene un alcance aún más limitado que la regla favor debitoris, ya que mientras esta última aplica cuando existe una ambigüedad, la contra stipulatorem aplica no sólo cuando haya una ambigüedad, sino cuando esa ambigüedad ha sido causada por una acción u omisión de quien redactó la cláusula.>>

En el mismo sentido, la doctrina extranjera explica esta regla interpretativa de la siguiente manera:

<<La carga de hablar claro, que se debe distinguir del deber de lealtad, se puede encontrar de manera general en cabeza de todo contratante, en el sentido de quien no expresa una declaración contractual inteligible corre el riesgo de verse afectado por una interpretación no conforme con el significado que quería expresar. En lo que hace al predisponente, la carga tiene una consecuencia negativa precisa y diferente (la interpretación en contra suya) (...) el predisponente deberá utilizar un texto no ambiguo, y de no hacerlo deberá soportar la interpretación menos favorable>>³¹.

En el presente caso, justamente es fundamental tener en cuenta que el contrato y el pliego de condiciones fueron redactados por la entidad convocada. En efecto, no se trata de un estudiar un caso en el que el particular tenga dudas de la existencia de la cláusula.

Este asunto plantea la discusión de la interpretación de tres apartados del contrato, por parte de quien los redactó. En este caso la ambigüedad existiría porque la cláusula décima cuarta no tiene por sí misma una estructura de cláusula compromisoria, pero quien la redactó indicó en otro lugar del contrato que tenía ese carácter.

Conforme a este criterio, entonces, es claro que se debe interpretar que existe una cláusula compromisoria porque (i) existe una ambigüedad en el contrato 346 de 2014 y (ii) fue causada por la Uspec, entidad que redactó el numeral 5.18 del pliego de condiciones que le da el carácter de cláusula compromisoria.

Así las cosas, la regla anterior es central cuando se discute lo manifestado por quien redactó el contrato y el entendimiento que a partir de tal redacción tuvo quien se adhirió al texto. La cláusula obra en el texto contractual en concordancia con el *pliego de condiciones*. Ambos documentos fueron redactados por la entidad convocada, fueron aceptados por el proponente al momento de formular la propuesta, y el acuerdo se consolidó con la adjudicación, así se formalice con el contrato.

³¹ Massimo Bianca, Cesare. El contrato. Traductores: Hinestrosa, Fernando y Cortés, Edgar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 461 y 462.

26.- Podría discutirse que la Sección Tercera, en un caso similar, indicó lo siguiente:

*<<Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, **tales como** arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacciones (...)*

Al efectuar el estudio de esa estipulación, la Sala encuentra que contiene los siguientes supuestos:

*i) Si llegan a surgir, en el futuro, diferencias entre las partes con ocasión de la celebración, el cumplimiento o la liquidación del contrato, para dirimirlos las partes podrán acudir a la utilización –**genérica, imprecisa, vaga, abstracta**– de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como los que a **título meramente enunciativo o de ejemplo** se indican a continuación: arreglo directo, amigable composición, conciliación o la transacción, sin que haya claridad, precisión o determinación concreta y específica acerca de cuál de esos mecanismos será el aplicable y menos se definen condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas, cuestión que reduce la estipulación a una mera enunciación de opciones sin que el acuerdo pueda ser exigible coactivamente, lo cual lo torna en un acuerdo que no resulta vinculante para los contratantes.>>³².*

A diferencia del caso anterior, en este asunto el numeral 5.18 del pliego de condiciones establece que las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa *<<se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato.>>*. En ese sentido, se trata de un caso en el que existe otra regla contractual que no permite aplicar analógicamente el caso citado.

En todo caso, es importante indicar que la Corte Constitucional dejó sin efectos el pronunciamiento anterior, puesto que indicó que:

*<<El pacto arbitral, en tanto negocio jurídico de derecho privado, debe leerse por regla general a la luz de **los principios de hermenéutica contractual contenidos en la legislación civil.**³³ En consecuencia, el examen para determinar si un pacto arbitral ha surgido a la vida jurídica debe prestar especial atención a postulados básicos de la interpretación de los contratos, como los principios de **conservación del negocio jurídico, prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.) y efecto útil de las disposiciones** contractuales (Art. 1620 C.C.).³⁴ (...)*

(...)

³²Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. n.º 36537, C.P.(E) Mauricio Fajardo Gómez.

No se transcribe plenamente la cláusula porque el contenido restante de la cláusula es analizado por la sentencia en otras consideraciones.

³³ Zuleta Jaramillo, Eduardo: *El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual*. En: *El contrato de arbitraje*. 1ra Ed, Bogotá, Legis, 2005 P.225

³⁴ *Ibíd.*

*En consecuencia, a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, **el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación,** ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias^{35, 36}>>*

27.- De acuerdo con lo anterior, se *interpreta* que existía una cláusula compromisoria, conforme a lo expresado en la cláusula décima cuarta, en concordancia con los numerales 5.18 y 5.22 del pliego de condiciones.

J.- El laudo es congruente

28.- El numeral 9 consagra una causal de anulación cuando el laudo haya recaído <*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*>>. Esta causal materializa el principio de congruencia³⁷ de la decisión judicial.

La Sala ha indicado lo siguiente sobre esta causal:

<<82. La norma se refiere a Laudos extra petita, en los cuales el Tribunal resolvió sobre asuntos no sujetos a su decisión, ultra petita, cuando concedió más de lo pedido, y citra petita, cuando no resolvió sobre una cuestión sometida al arbitraje.

83. Esta causal está directamente relacionada con el principio de congruencia contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso, que dispone que “la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”³⁸.

84. En línea con lo anterior y según la jurisprudencia de esta Corporación, para efectos de determinar si un Laudo incurre en la causal en comento, es menester

³⁵ Op cit. Zuleta.

³⁶Corte Constitucional, sentencia T-511 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁷ El artículo 281 del GGP indica lo siguiente: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

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

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”

³⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 61809.

realizar una comparación entre la decisión, los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones propuestas por la parte convocada^{39 40}>>

29.- En este caso, el recurrente considera que hubo un fallo *extrapetita* en la medida en que el tribunal de arbitramento declaró el incumplimiento del contrato de la Uspec, teniendo en cuenta que no cumplió su obligación de entrega del predio. Esto, a diferencia de la demanda, cuya pretensión estaba encaminada a que se declarara el incumplimiento por <<*falta de planeación*>>, así:

*<<1. Que se declare que la entidad de derecho público denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios — Uspec, organizada y estructurada administrativamente conforme a lo establecido en el Decreto Nacional No. 4150 de 2011, como unidad administrativa especial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, representada legalmente por el Director General de la entidad, con NIT 900.523.392-1, incumplió el Contrato de Consultoría No. 346 de 2014, celebrado el día 19 de diciembre de 2014, **por falta de planeación** causando daño cierto que debe ser indemnizado, al Consorcio MPS, identificado con NIT 900.800.883-4, conformado por Serdel Sucursal en Colombia, NIT 900637090-2, Ingenieros Mare Nostrum S.L., y Peyco Colombia, NIT 900.462.129-8.>>*

En el hecho 19 de la demanda se indicó que el incumplimiento se debió a que <<*la comunidad impide el acceso al predio⁴¹*>>. En concordancia con esto, el demandante indicó en el hecho 25 que <<*existió de parte de la Entidad una inadecuada estimación de probabilidades, impacto, clasificación del riesgo y valoración económica de los mismos, de cara a la verdadera situación que vive la región donde se ejecutó el contrato de consultoría⁴²*>>

El laudo declaró el incumplimiento de la siguiente manera:

*<<**Segundo (2º).**- Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo, se declara que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios —Uspec incumplió, en su parte pertinente, el contrato de consultoría 346 de 2014.>>*

En la parte considerativa del laudo, el tribunal indicó que la Uspec tenía una obligación <<*consustancial*>> del contrato de consultoría, de acuerdo con los numerales 4 y 5 de la cláusula quinta del negocio jurídico: poner a disposición del contratista consultor el predio sobre el cual se desarrollarían los estudios objeto del contrato.

³⁹“De acuerdo con lo antes expuesto, constituye tarea del juez del recurso de anulación, en relación con la alegada causal, efectuar la comparación de lo decidido en el laudo arbitral, a la luz de los hechos y las pretensiones de la demanda, así como de las excepciones que hubieren sido alegadas o que hubieren sido probadas, de conformidad con la ley” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 58875A.

⁴⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2020, exp. 64255, C.P. Alberto Montaña Plata.

⁴¹Folio 6 del cuaderno 1.

⁴²Folio 8 del cuaderno 1.

Consideró que la entrega del predio al contratista era, entonces, una obligación de resultado que debía cumplirse de manera oportuna. La Uspec incumplió dicha obligación, por cuenta de una ocupación irregular de algunos miembros de la comunidad indígena wayúu. Sobre todo, teniendo en cuenta que la ocupación cesó el 27 de mayo de 2016, después de la terminación del contrato ocurrida el 24 de marzo de 2016.

El tribunal tampoco observó que la entidad adoptara un plan de contingencia o mitigación del riesgo social y político que había sido estructurado en la matriz de riesgos. En ese sentido, el riesgo no debió ser menospreciado en lo relacionado con la dimensión y repercusión que su concreción tendría en el logro del objeto del contrato.

30.- Observado lo anterior, es claro que el tribunal de arbitramento respetó la *causa petendi* del caso. En efecto, la posible responsabilidad de la entidad surgía con ocasión de la imposibilidad de acceder al predio de consultoría.

En ese sentido, hacía parte del ámbito de interpretación de la demanda determinar la *causa petendi* de la pretensión de incumplimiento. Esto ha sido reconocido por esta corporación, así:

*<< Sea lo primero advertir que el Tribunal, **en uso de la facultad-deber que le asiste al juez para interpretar la demanda** y que, desde luego, también incluye a la justicia arbitral, delimitó su competencia y estableció el alcance de la demanda.⁴³>>*

La doctrina también ha sostenido un criterio similar al estudiar el ámbito de interpretación de la demanda que detentan los árbitros:

<<A mi juicio, si las partes confían a los árbitros la resolución de su conflicto, ello implica que les permiten interpretar la demanda y fallar de acuerdo con ella, salvo el caso de un error evidente de interpretación (...) Lo anterior implica entonces que salvo error manifiesto, la interpretación de la demanda por el juez de instancia se mantiene. Un criterio análogo puede aplicarse en materia de anulación de laudos arbitrales. Así procedió el Consejo de Estado en un caos en el que señalo que:

“En la determinación de la causa petendi va implícita la mencionada facultad que le asiste al juez de interpretar la demanda, labor interpretativa que necesariamente comporta un estudio de fondo sobre el asunto sub examine y, en esa medida, mientras su desconocimiento no resulte ostensible o palmario, el juez del recurso de anulación no podría entrar a revisarla⁴⁴>>

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 43453, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁴ Sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. 40.048, Rad. 11001032600020100008500.

⁴⁵ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional. En: Ajure Salame, Antonio et al. Estatuto Arbitral Colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje, Ministerio de Justicia y del Derecho y LEGIS, 2013, p. 296.

En ese sentido, una interpretación integral de la demanda permitía al tribunal de arbitramento determinar que el fundamento del incumplimiento solicitado fue la imposibilidad de acceder al predio, como consecuencia de su ocupación por parte de una comunidad en La Guajira. El fallo, entonces, no es *extra petita* en la medida en que resolvió justamente si ese hecho era un incumplimiento por parte de la entidad contratante, al margen la calificación jurídica que podrían darle las partes (falta de planeación o desconocimiento de otra obligación contractual).

En conclusión, no es evidente que el laudo se refiriera a una *causa petendi* no planteada por la parte convocante, teniendo en cuenta la facultad de interpretar la demanda que tienen los árbitros. Así, el fallo es congruente, razón por la cual no se configura la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

31.- En virtud del inciso final del artículo 43⁴⁶ de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia.

En los términos del numeral 9 del artículo 5^o del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La parte recurrente deberá pagar a favor de la ANI el mencionado monto, sin que existan sumas adicionales causadas durante el recurso que deban incluirse por concepto de costas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo arbitral del 29 de enero de 2020 proferido por el tribunal de arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio MPS y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios — Uspec.

SEGUNDO. CONDÉNASE a la parte recurrente a pagar las costas a favor del **Consorcio MPS**, liquidadas en suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el presente proceso.

⁴⁶“Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00047-00(66030)

Actor: CONSORCIO MPS

Demandado: UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL (SALVAMENTO DE VOTO)

Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata

Presento las razones por las que salvo mi voto en la Sentencia que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral de 29 de enero de 2020. A mi juicio, el recurso debió haber prosperado, pues se configuró la causal de anulación primera, correspondiente a la inexistencia del pacto arbitral.

1. La principal razón por la que me aparto de la referida Sentencia es porque esta desconoció el fundamento y la esencia del arbitraje, correspondiente a la autonomía de la voluntad, pues para acudir a este mecanismo debe existir una declaración clara y expresa de la voluntad de las partes de someter sus controversias al conocimiento de un Tribunal Arbitral. Contrario a lo anterior, la decisión abiertamente *“infririó”* la voluntad de la USPEC y del Consorcio MPS de solucionar sus conflictos mediante este mecanismo.

2. La cláusula de *“solución de controversias”* contenida en el contrato simplemente planteó varias opciones de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) a los que podrían acudir las partes en caso de surgimiento de un conflicto. En efecto, la cláusula estableció que estas *“acudir[ían] a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de*

contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción o el arbitraje". Además, las partes ni siquiera estaban obligadas a acudir a alguno de tales mecanismos, pues estos se indicaron de forma enunciativa.

3. Incluso, la citada cláusula de "solución de controversias" contempló tanto mecanismos autocompositivos (arreglo directo, conciliación y transacción), como heterocompositivos (amigable composición y arbitraje), por lo que ni siquiera es claro si la voluntad de las partes era que sus controversias fueran dirimidas por un tercero.

4. Tampoco comparto la estructura de la providencia, pues no es claro por qué se estudió primero la configuración de la causal 2 y luego la de la causal 1, si, precisamente, la prosperidad de la causal 2 dependía de que se declarara que el pacto arbitral existía.

5. Según la Sentencia de anulación de 5 de mayo 2020 (exp. 64890) de esta Subsección (se transcribe):

"Según el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, 'el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas'. La cláusula arbitral tiene entonces la naturaleza jurídica de un acuerdo mediante el cual las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción permanente y convienen atribuir competencia para resolver un conflicto a un Tribunal Arbitral. Al tener una naturaleza contractual, a la cláusula arbitral le resultan aplicables las normas atinentes al negocio jurídico y, en este caso particular, a sus condiciones de existencia. El artículo 1502 del Código Civil define los requisitos necesarios para obligarse".

Entre otros, el referido artículo del Código Civil establece que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario" que "consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio". Sin embargo, en la cláusula de "solución de controversias" bajo estudio no se hallaba la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias (exigida por el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012⁴⁷), ni tampoco era claro el consentimiento de las partes de acudir a este mecanismo (exigido por el artículo 1502, numeral 2 del CC).

6. Compartimos las afirmaciones de la Sentencia según las cuales el pacto arbitral, como cualquier cláusula, puede ser objeto de interpretación y la

⁴⁷ "Artículo 3o. Pacto Arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. [...]".

ley no exige que este pacto deba ser sacramental. De hecho, hay errores en las cláusulas arbitrales fácilmente subsanables, como el hecho de que se defina una sede inexistente, que haya un yerro en el número de árbitros o en sus calidades. Sin embargo, la expresión de la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias sí debe ser clara. Así, la cláusula compromisoria no debe ser, en todos sus aspectos, inequívoca, pero la voluntad de las partes de acudir al arbitraje, sí debe serlo.

El efecto de la cláusula compromisoria es sustraer de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en principio, el juez natural de un contrato estatal) el conocimiento de un litigio originado en ese contrato. En virtud del referido efecto es que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje debe ser clara y de ahí también proviene la naturaleza de cláusula accidental del pacto arbitral.

7. Para Frédéric Eisemann, quien acuñó el término "*cláusulas patológicas*" y cuya teoría es citada con frecuencia por los Tribunales administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el primer elemento esencial de una cláusula compromisoria es que esta produzca consecuencias obligatorias para las partes. Este elemento "*simplemente se refiere a la necesidad de que una cláusula establezca definitivamente las consecuencias sobre la ocurrencia de un evento en particular, por ejemplo, que si surge una disputa, [esta] se remitirá [...] a arbitraje*"⁴⁸. En este caso, el pacto arbitral no cumple con este requisito esencial y corresponde, precisamente, a una cláusula patológica por antonomasia.

8. La Sentencia partió de un supuesto no confirmado y es que cuando el pliego estableció en su numeral 5.18 que "*las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa entre las partes se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato*", este se estaba refiriendo al numeral 5.22 ("*solución directa de controversias contractuales*"). En primer lugar, ni en el pliego ni en el contrato, la cláusula de solución de controversias se tituló "*cláusula compromisoria*". En segundo lugar, si se considerara que el numeral 5.18 se refería a dicha cláusula, habría una clara contradicción en el pliego, pues contrario a lo mencionado en el numeral 5.18, el numeral 5.22 incluyó mecanismos directos e indirectos de solución de conflictos. Así pues, el pliego hizo referencia a una cláusula inexistente.

9. La cláusula de "*solución de controversias*" fue clara en ofrecer a las partes 5 posibles opciones de MASC para resolver sus controversias. Por lo tanto, en virtud de que no había dudas sobre la intención de las partes y

⁴⁸ Traducción propia. HKL Group Co Ltd v. Rizq International Holdings Pte Ltd (Rizq No. 1), Supreme Court of Singapore, High Court, Suit No 972 of 2012/P (Summons No 6427 of 2012/J and Summons No 70 of 2013), 19 de febrero de 2013.

de conformidad con la regla de interpretación según la cual *“in claris non fit interpretatio”*⁴⁹, esta no debió ser objeto de interpretación judicial. En efecto, procede la interpretación en caso de ambigüedad o vacíos en las estipulaciones que ofrezcan dudas sobre su entendimiento; supuestos que no se presentaron en la cláusula de *“solución de controversias”*. Por otra parte, esta cláusula no negaba la posibilidad de acudir al arbitraje, pues las partes estaban facultadas para celebrar un compromiso en caso de optar por este mecanismo.

10. Por último, la regla de interpretación del artículo 1624 CC (*“las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella”*) no debió aplicarse en el caso concreto. Primero, esta regla es subsidiaria, ya que el citado artículo, de forma expresa, indica que se aplica únicamente cuando *“no pu[edan] aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación”*. En efecto, según la Corte Constitucional⁵⁰, el juez solo puede hacer uso de esta regla cuando una cláusula presente:

“una ambigüedad objetiva, razonablemente demostrada, efectivamente identificable e insuperable por cualquier otro medio de interpretación legal o contractual o por medio de pruebas. Cuando se presente una ambigüedad de esa naturaleza, puede aplicarse la norma que la define en un sentido o en otro”.

La referida condición no se cumplió en este caso, pues la Sala ya había aplicado la regla de interpretación contenida en el artículo 1620.

Segundo, el arbitraje no puede entenderse como una deuda o una obligación de la entidad, sino como un mecanismo de solución de controversias alternativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, al interpretar la cláusula de *“solución de controversias”* en contra de su redactor, no puede considerarse al arbitraje como una carga a la que tiene que someterse la contratante con ocasión de la *“inferencia”* de su voluntad por parte del juez.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

⁴⁹ Cuando una estipulación es clara no debe ser objeto de interpretación por parte del juez.

⁵⁰ Sentencia SU-556 de 2016.