

Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Radicación: 11001-03-26-000-2008-00080-00

Convocado: MUNICIPIO DE SANTA SOFÍA

**Convocante: ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA NACIONAL DE
DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES-CONALDE**

Ref. Recurso de anulación laudo arbitral (Exp. 35791)

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral proferido el 26 de marzo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE y el Municipio de Santa Sofía.

ANTECEDENTES

1. Convocatoria

El 21 de febrero de 2006, la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales CONALDE presentó convocatoria ante la Cámara de Comercio de Tunja, para que un Tribunal de Arbitramento resolviera las siguientes pretensiones:

“3.1. Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento del Municipio de Santa Sofía, parte demandada en este proceso produjo, una ruptura injustificada y unilateral del equilibrio económico del convenio interadministrativo No. 003 del 4 de septiembre de 2003.

3.2. Que como consecuencia del anterior se ordene a la parte demandada a cancelar la suma de TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS CON SETENMTA Y SEIS CENTAVOS (\$31'701.440,76) por concepto de las mayores cantidades no canceladas por parte del Municipio de Santa Sofía.

3.3. Que se ordene al Municipio de Santa Sofía cancelar a título de indemnización de perjuicios a favor de CONALDE, intereses a la tasa máxima legal conforme al interés bancario corriente certificado por la superintendencia bancaria, desde la fecha de liquidación hasta el día en que se haga efectivo el pago por parte del Municipio.

3.4. De no ordenar lo anterior de manera subsidiaria se ordene la respectiva indexación conforme al IPC, de la suma contenida en la pretensión número 2.

3.5. Se condene al pago de costas procesales a la parte demandada.”

2. Laudo arbitral

El Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las anteriores pretensiones, mediante el laudo impugnado, decidió:

“PRIMERO: Declarar que se debe restablecer el equilibrio de la actuación contractual en el Convenio Interadministrativo número 003 de 2003 suscrito entre el municipio de Santa Sofía y la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE, al punto de no pérdida para esta última entidad.

SEGUNDO: Condenar al municipio de Santa Sofía a reconocer a favor de la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE, la suma de VEINTIDÓS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL SEISIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS.(\$22.406.692.56), como obras ejecutadas y no pagadas del citado Convenio Interadministrativo.

TERCERO: Condenar al Municipio de Santa Sofía a reconocer a favor de la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE, el valor de la indexación de la anterior suma de dinero de acuerdo al IPC que asciende a la suma de OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON CERO SEIS CÉNTIMOS (\$8'752.453.06).-

CUARTO: Condenar al Municipio de Santa Sofía a reconocer a favor de la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE, los intereses moratorios a la tasa del 12% anual sobre el anterior valor consolidado, desde la liquidación del contrato a la fecha del pago efectivo de la obligación.-

QUINTO: Condenar al Municipio de Santa Sofía a reconocer a favor de la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades

Territoriales-CONALDE, en costas procesales en la suma de SEIS MILLONES SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/cte. (6'073.477.00).-

SEXTO: *Por secretaría hágase entrega a los apoderados de las partes de copias auténticas y que presten mérito ejecutivo del presente laudo arbitral.*

SEPTIMO: *Envíese una copia auténtica del presente laudo a la procuraduría judicial para lo de su competencia.*

OCTAVO: *En firme el presente laudo, protocolícese el expediente en la Notaría Primera del Circuito de Tunja.”*

3. Recurso de anulación

Fue presentado por el Municipio de Santa Sofía, con fundamento en lo previsto en la causal 1 artículo 72 de la ley 80 de 1993, con el objeto de que se declare la nulidad del laudo arbitral en consideración a que una prueba testimonial que solicitó y que fue decretada no fue practicada por causas no imputables a él.

Afirmó que, al contestar la demanda solicitó el testimonio del arquitecto Jhon Guillermo Garavito, “*quien se desempeñó como interventor de la obra y que como tal es pieza clave y prueba clave y fundamental para el esclarecimiento de los hecho y para tal efecto se señaló dentro del capítulo de notificaciones la dirección de correspondencia del mencionado*

profesional, es decir la Alcaldía Municipal de Santa Sofía.” Explicó que esta prueba fue decretada en la primera audiencia de pruebas conforme consta en el acta 005 del 27 de noviembre de 2006, que la misma sería practicada el 12 de diciembre del mismo año y que en esta fecha se realizó la audiencia programada pero en el acta que da cuenta de su realización “no existe constancia de la presencia o ausencia del señor Jhon Guillermo Garavito quien según lo determinado debía rendir su declaración ese día y en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Tunja, como prueba rein a para la defensa del Municipio dentro de las pretensiones de la accionante.”

El recurrente alegó que en la precitada diligencia el Alcalde reiteró en varias oportunidades al tribunal la necesidad de escuchar al señor interventor de la obra arquitecto Jhon Guillermo Garavito pero el tribunal solo atina a ordenar la suspensión de la anuencia determinando que en la fecha de recepción del peritaje se procedería a escuchar los testimonios de los arquitectos Garavito y Machado respectivamente, es decir el día 10 de enero de 2007 a las 900 am, en las instalaciones de la Cámara de Comercio en Tunja.” Dijo además que en la audiencia del 10 de enero de 2007 el tribunal dejó constancia en el acta 008 de la no comparecencia del testigo a la vez que precisó que no se había allegado dirección alguna donde se le pudiera notificar, “hecho contradictorio pues, como se manifestó anteriormente en la contestación de la demanda se impetra la dirección de notificaciones del Arquitecto Interventor de la Obra. Así las cosas el tribunal para concluir ordena dar por terminada la audiencia de pruebas y da ha (SIC) entender que la no presencia del testigo se entendería como que el Municipio desistía de tan importante pieza procesal en beneficio de sus intereses.”

Señala finalmente el Municipio que avisó telefónicamente al testigo Garavito para que se presentara a la audiencia que se realizó el 12 de

diciembre de 2006, “pero de su presencia o ausencia no existe constancia en el acta (008)...” y agrega que “en (SIC) las demás diligencias no asistió por la simple y sencilla razón de que no fue citado para ello. Si observamos con detenimiento el expediente, a simple vista se nota que el Tribunal no realizó la citación formal del testigo arquitecto Jhon Guillermo Garavito...”

Finalmente en un capítulo que denominó *Concepto de Violación* argumento:

“El artículo 34, del Código Contencioso Administrativo, señala claramente la oportunidad y procedimiento para pedir y decretar las pruebas, y concomitante a este artículo encontramos el 14 del mismo ordenamiento Contencioso que textualmente en su párrafo segundo nos señala: ‘En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición’

Ahora bien el artículo 58 del mismo código Contencioso, establece el término probatorio, como podemos observar también el Tribunal viola esta disposición pues en el decreto de pruebas no establece con claridad el término de su vencimiento, tomándolo caprichosamente y una vez más violando el Derecho de defensa del Municipio.

Así, las cosas, el artículo 72 de la ley 80 de 1993, modificado y compilado por el Decreto 1818 de 1998; en su numeral primero establece como causal de anulación del Laudo Arbitral los siguientes puntos:

‘Cuando sin fundamento legal no se decreten pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias

para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.’, por lo tanto al no cumplirse lo aquí normado, se desprende la violación a esta norma y por lo tanto origina la trasgresión al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia; como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia T-467 de Octubre 17 de 1995, magistrado ponente Doctor Vladimiro Naranjo Mesa,...(…)" (fols. 179 a 183 c. ppal)

4. Trámite del recurso

4.1. Mediante auto proferido el 15 de septiembre de 2008, se avocó el conocimiento del recurso interpuesto por el Municipio de Santa Sofía, parte convocada y se dispuso el traslado común de 5 días a las partes y al Ministerio Público (fols. 193 y 194 c. ppal).

4.2. En las correspondientes oportunidades procesales las partes convocante y convocada guardaron silencio.

4.3. El Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación intervino en la correspondiente oportunidad procesal mediante escrito en el que solicitó declarar oficiosamente la nulidad del laudo con fundamento en que el tribunal de arbitramento carece de jurisdicción para resolver el litigio toda vez que la materia sometida a su conocimiento está regulada en el acto administrativo por medio del cual el Municipio de Santa Sofía liquidó unilateralmente el contrato.

Precisó que en la demanda el convocante expresamente señaló que “*la controversia consistía en la no inclusión en el acta final de liquidación del Convenio, de las obras adicionales que fueron legalmente ordenadas por el*

Municipio, aprobadas por el interventor ejecutadas por el contratista... ”. Agregó el Ministerio Público que “..al encontrarse liquidado el convenio por acto administrativo en el que se hizo un cruce final de cuentas, no era factible ni avocar la competencia ni tramitar el proceso arbitral, pues la vía para reclamar, debatir y oponerse a lo decidido en la Resolución 159 de 2005, no era otra que acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que se decidiera sobre la legalidad del acto y de contera si había o no saldos o acreencias a favor del contratista.”

Respecto de la competencia del juez del recurso para declarar oficiosamente la nulidad del laudo explicó que es “una facultad insita del juez al evidenciar una nulidad saneable que afecta todo el proceso incluido el laudo.”

Se pronunció sobre el cargo propuesto por el municipio convocado, para que fuese considerado en el evento de que su solicitud de anulación oficiosa no fuese acogida. Propuso declarar improspero el recurso con fundamento en que la prueba testimonial que el recurrente alegó omitida, no se practicó por causas imputables al municipio recurrente.

Luego de un detallado recuento sobre la forma como se decretaron las pruebas y se practicaron durante el proceso arbitral, concluyó que la prueba testimonial del arquitecto Jhon Guillermo Garavito fue solicitada por la convocada, decretada por el tribunal y no practicada por causas imputables al municipio, quien además no reclamó dentro de las oportunidades procesales correspondientes. Afirmó:

“no se acreditaron los presupuestos de procedencia de la causal, esto es, que se hubiera dejado de practicar de manera injustificada, que se

hubiera reclamado en forma y término oportuno, ni tampoco la incidencia que tal prueba hubiera tenido en la decisión, es decir, no demostró de manera fehaciente, que tenía la virtud de modificar la decisión adoptada en el laudo.” (fols. 197 a 211 c. ppal).

II CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer y decidir el asunto de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 numeral 5 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, como quiera que el negocio jurídico fuente de las obligaciones en litigio, fue suscrito por dos entidades públicas.

1. El negocio jurídico celebrado entre las partes

Es el convenio Interadministrativo de número 003-03 suscrito el 4 de septiembre de 2003, de cuyo contenido la Sala destaca lo siguiente:

“Contratante: Municipio de Santa Sofía- Boyacá

Contratista: Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE

NIT: 820.002.241-2

OBJETO: Parque principal Municipio Santa Sofía.

*VALOR: DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES
NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA Y
CUATRO PESOS (\$ 265.949.194.00)*

PLAZO: Cuatro (04) meses” (fol.31 c 3 de pruebas)

(....)

CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: CLAÚSULA COMPROMISORIA.-

Toda controversia o diferencia que pueda surgir con ocasión de este convenio interadministrativo, su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con el Decreto 2279 de 1989, ley 446 de 1998 y decreto 1818 de 1998.” (fol.39 c3 de pruebas)

2. El recurso de anulación del laudo arbitral

Las características de este recurso pueden definirse así¹:

- a. Su procedencia está condicionada a que se invoquen y sustenten debidamente las causales expresamente señaladas en la ley a ese efecto. Por disposición del artículo 39 del decreto ley 2279 de 1989², modificado por el artículo 128 de la ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando los causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley.
- b. Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien delimita la materia objeto del pronunciamiento del juez, con la formulación y sustentación del recurso dentro de las precisas causales que la ley consagra³⁴. No le es dable al juez de la anulación pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso.⁵

¹ A este respecto puede consultarse la sentencia proferida el 4 de julio de 2002, expediente 22.195, reiterada entre otras, en sentencias del 4 de diciembre de 2002, expediente 22194; 26 de febrero de 2004, expediente 25.094 y del 27 de abril de 2006, expediente 30096.

² Cabe resaltar que esta disposición es aplicable frente a los recursos ejercitados contra los laudos arbitrales que dirimen controversias derivadas de contratos estatales, por remisión expresa del aparte final del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

³ Sentencia proferida el 12 de noviembre de 1993; Exp. 7809.

c. El recurso de anulación no implica una segunda instancia, de manera que los cargos formulados con el objeto de que se establezca si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial al resolver las pretensiones propuestas, carecen de técnica procesal y no tienen vocación de prosperidad.⁶

d. La prosperidad del recurso tiene efectos definidos por el legislador. Así el inciso segundo del artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998 prevé: “*Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1,2,4,5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará.*” De manera que sólo es procedente la anulación del laudo cuando prosperen las causales contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, que corresponden a las previstas en los numerales 4 y 6 a que se refiere el citado artículo 38, ya que en los demás eventos procede la corrección o adición del mismo.

Se tiene, por tanto, que el juez de la anulación, por regla general, es incompetente para juzgar el tema de fondo y para cuestionar la manera como el Tribunal interpretó la demanda, valoró las pruebas o entendió y resolvió los problemas jurídicos que se le plantearon.

⁴ Con todo cabe precisar que en algunas oportunidades, con ocasión del trámite del recurso de anulación del laudo arbitral, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1742 del CC, ha dispuesto oficiosamente la nulidad del pacto arbitral. Al efecto puede consultarse las sentencias del 8 de junio de 2000, expediente 16973 y de 1 de agosto de 2002, expediente 21041.

⁵ En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 30 de mayo de 2002; expediente 20.985.

⁶ Entre otras providencias de la Sala cabe consultar las sentencias proferidas el 10 de agosto de 2001, expediente 15862 y 6 de junio de 2002, expediente 20634.

3. Consideraciones sobre la anulación oficiosa del laudo propuesta por el Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación

El Procurador Cuarto solicitó declarar oficiosamente la nulidad del laudo con fundamento en que el tribunal de arbitramento carece de jurisdicción para resolver el litigio toda vez que la materia sometida a su conocimiento está regulada en el acto administrativo por medio del cual el Municipio de Santa Sofía liquidó unilateralmente el contrato. Respecto de la competencia del juez del recurso para declarar oficiosamente la nulidad del laudo explicó que es “*una facultad insita del juez al evidenciar una nulidad insaneable que afecta todo el proceso incluido el laudo*”

Al efecto la Sala precisa que dicho acontecimiento sería constitutivo de una nulidad procesal que habría debido analizar el Tribunal de Arbitramento, más no por esta Corporación de manera oficiosa, por los ya señalados límites del recurso de anulación.

Considera además que, son precisamente vicios como los planteados por el Ministerio Público, *falta de competencia, falta de jurisdicción*, los que pueden alegarse a través de las causales dispuestas por el legislador para la anulación de los laudos arbitrales, sin que resulte procedente pronunciarse sobre ellos cuando los interesados renunciaron a invocarlos a través del mecanismo legal correspondiente.

En efecto, la Sala ha explicado que la causal contenida en el numeral 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993, que corresponde a la contemplada en el numeral 9, artículo 38 del decreto ley 2279 de 1989, comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad

de los actos administrativos, en el entendido de que esta materia no es transigible⁷:

“(…)no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprendérse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudirse a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley.”⁸ (Subraya por fuera del texto original)

Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró, en la providencia precitada que los árbitros carecen de facultad legal para juzgar la legalidad de los actos

⁷ Entre otras cabe consultar lo expuesto en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000.

⁸ Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

administrativos “en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción. (...)"

De igual manera, mediante el análisis de lo previsto en la Constitución y en la ley, la Sala en sentencia 19090 del 23 de agosto de 2001, expresó:

“La competencia atribuida a los árbitros, dentro de esos límites, se traduce en la facultad para conocer y para pronunciarse; el quebranto a esa regla de atribución, por exceso o por disminución se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal en comento, prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

Para deducir el espacio de competencia de los particulares en función judicial, desde un punto de vista positivo, o su límite, desde un punto de vista negativo, es necesario remitirnos a la Constitución de 1991, la cual los facultó expresamente para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, dictar fallos en derecho o en equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispusieran (...).

Partiendo de la base constitucional de atribución de competencia, el Congreso delimitó la de los árbitros a las materias de controversia que sean susceptibles de transacción; es así como inicialmente **la ley 23 de 1991 – Art. 96** - que reformó el 1º del decreto ley 2.279 de 1989

dispuso que podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

A su vez dicha norma fue modificada por el artículo 111 de la ley 446 de 1998; esta disposición al referirse al arbitraje mantuvo como materia de arbitramento los conflictos susceptibles de transacción.

Ese terreno del arbitramento, señalado por el legislador, permite inferir que la función de los árbitros está limitada y por tanto no es abierta, no sólo respecto de la transitoriedad de su operador jurídico (sujeto activo de la definición) sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento (objeto del mecanismo); así lo definió la jurisprudencia constitucional.

La Sala advierte que dentro del ámbito de competencia del arbitramento dirigido a la solución de conflictos contractuales estatales, no se encuentra comprendido el control jurídico de los actos administrativos; (...)"

Así también, en sentencia de 4 de julio de 2002, Exp. 21.217:

"...Se ha entendido que dicha causal tiene que ver con el principio de la congruencia, que consiste en que laudo arbitral deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas. La causal prospera cuando el laudo decide más allá de lo pedido, esto es, ultra petita o, cuando el laudo decide sobre puntos no sometidos a la decisión arbitral, es decir, extra petita.

Sin embargo, dicha causal es aplicable también cuando los árbitros exceden los límites de su competencia determinada en la ley. (...)..."

Las anteriores posturas fueron reiteradas recientemente por la Sala entre otras⁹, en sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34912, cuando concluyó:

"En suma, aunque la falta de competencia, desde la perspectiva procesal de los juicios de instancia constituye un hecho constitutivo de nulidad insaneable (art. 140 No. 2 del CPC), en cuanto al recurso de anulación se refiere, materialmente, según lo ha explicado la Sala en varias oportunidades, se encuadra en la causal de 'Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido' (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, o numeral 4 del artículo 72 original de la Ley 80 de 1993), pues, en esencia, lo que envuelve esta causal de anulación es que los árbitros se han extralimitado total o parcialmente en su competencia, al otorgar más de lo pedido o resolver asuntos que no estaban sometidos a arbitramento por la ley, el pacto arbitral y las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso."¹⁰

4. La declaración oficial de nulidad procede cuando está viciado el pacto arbitral

⁹ Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; expediente 34.193.

¹⁰ Providencia que a la vez fue reiterada en sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34302.

La Sala precisa que, cuando el juez del recurso de anulación advierte una nulidad por objeto o causa ilícita en el pacto arbitral, no sólo puede sino que debe declararla con fundamento en lo normado en el artículo 1742 del CC y en el inciso 3 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Así lo ha explicado, entre otras, en sentencia 16973 del 8 de junio de 2000, al reiterar jurisprudencia de esta Corporación:

“En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Sobre este tema, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal está sujeta únicamente a dos condiciones:

Primera: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, que puede ser de cualquier naturaleza.

Segunda: que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes¹¹.

¹¹ Sentencia del 6 de septiembre de 1999 Expediente No. S-025.

Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate¹².

La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a ‘La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.’

En efecto, su inclusión habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo - como es - indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para revolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas.”¹³

Cabe reasaltar que en la preseñalada sentencia 16973 del 8 de junio de 2000¹⁴ la Sala encontró un vicio del pacto arbitral suscrito el 14 de octubre de 1994 por el Instituto de Valorización de Manizales “INVAMA” y el Consorcio AMAYA SALAZAR, así:

“El tema que sería objeto de análisis y definición por parte del tribunal de arbitramento sería el valor descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato relacionado con el muro N° 4 y sus

¹² Este criterio fue reiterado por la Sala en sentencia de octubre 7 de 1999, Exp. 12387.

¹³ Reiterada entre otras en sentencia proferida el 1 de agosto de 2002, expediente 21041.

¹⁴ Cabe precisar que el señor Procurador Cuarto invoca lo considerado por la Sala en esta sentencia, para sustentar su petición.

correspondientes intereses financieros sobre dicho valor si a ello hubiere lugar, dejando de lado otro tipo de reclamaciones por las partes tales como costos financieros distintos a los antes mencionados, sobrecostos, intereses,....."(Aparte subrayado por la Sala en la providencia que se comenta).

Al analizar ese pacto, la Sala consideró: “*Tal como fue pactado el compromiso, no era posible resolver en forma cierta y precisa la reclamación de pago formulada por el consorcio a la justicia arbitral, sin proceder a examinar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales INVAMA, al liquidar unilateralmente el contrato, ordenó descontar de la suma adeudada al contratista el valor correspondiente a la construcción del nuevo muro número 4.*”

En el caso concreto no se presenta el supuesto que tuvo en cuenta el Consejo de Estado en la precitada sentencia pues como se relató precedentemente, las partes en la cláusula compromisoria acordaron que: “*Toda controversia o diferencia que pueda surgir con ocasión de este convenio interadministrativo, su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con el Decreto 2279 de 1989, ley 446 de 1998 y decreto 1818 de 1998.*” (fol.39 c. 3 de pruebas)

De la lectura de esa cláusula se deduce fácilmente que no contiene un acuerdo para someter al juzgamiento de árbitros la legalidad de actos administrativos, lo que permite a la Sala inferir que no se configura el objeto ilícito, como el que afectó el compromiso revisado oficiosamente en la sentencia 16973 ya referida.

Se tiene por tanto que, como el vicio señalado por el Ministerio Público no está en el pacto arbitral y es precisamente uno de aquellos eventos que las partes y el Ministerio Público pudieron aducir como sustento de lo previsto en la causal contenida en el numeral 4 artículo 72 de la ley 80 de 1993, no resulta procedente abordar su análisis oficioso en el caso concreto.

Procede entonces la Sala a definir el recurso de anulación presentado y sustentado por la entidad convocada.

5. La causal alegada en el caso concreto

El municipio de Santa Sofía pidió la nulidad del laudo arbitral con sustento en que se configuraba la siguiente causal:

“Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere alegado en la forma y tiempo debidos (Numeral 1 artículo 38 del decreto 2279 de 1989; num. 1, art. 72 ley 80 de 1993).

Al efecto, el recurrente explicó que el tribunal de arbitramento no practicó una prueba solicitada y decretada en legal forma, toda vez que no citó formalmente a uno de los profesionales que llamó como testigo.

Adujo al efecto que el arquitecto Jhon Guillermo Garavito sólo fue avisado telefónicamente para que se presentara a rendir testimonio, que en el acta de recepción de testimonios no se dejó constancia de su presencia o ausencia y que no asistió a otra diligencia porque no fue citado en la

oportunidad debida. Dijo además que esa era la prueba reina de su defensa y que, de haber sido practicada, se habría adoptado una decisión diferente.

5.1 Condiciones para que proceda esta causal

La Sala¹⁵ ha precisado que la prosperidad de esta causal de anulación amerita el cumplimiento de los siguientes supuestos:

- . que no se decreten pruebas oportunamente solicitadas o que se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas;
- . que tales omisiones tengan incidencia en la decisión; y
- . que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos;

5.2 Análisis de la Sala

La Sala encuentra probado que el municipio de Santa Sofía solicitó el testimonio del arquitecto Jhon Guillermo Garavito en su condición de interventor de la obra, a cuyo efecto señaló que podría ser notificado en la Alcaldía Municipal.

El 27 de noviembre de 2005, durante la primera audiencia de trámite, a la que no asistió el municipio convocado conforme consta en acta 005, el tribunal de arbitramento decretó, entre otras, el testimonio del arquitecto Jhon

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en sentencias proferidas el 18 de mayo de 2000; expediente 17797; el 4 de julio de 2002, expediente 22195

Guillermo Garavito que sería recibido el 12 de diciembre de 2006 en el municipio de Santa Sofía (fols. 87 ss c. 1)

La decisión anterior fue notificada por estrados y se fijó además por un día, el 30 de noviembre de 2006, en la secretaría del tribunal (fol. 96 c. 1 pruebas). En esta misma fecha, mediante oficios 1969 y 1961, la secretaría del tribunal de arbitramento comunicó al municipio que se había señalado el 12 de diciembre de 2006, a las 9 am, para la práctica de la audiencia de pruebas. Le informó además que “*deberá comunicar al Arquitecto Jhon Guillermo Garavito que se decretó la recepción de su testimonio el mismo día, por lo que deberá estar presente y disponer todo para poder realizar la inspección solicitada por su apoderado*” (fols. 49 y ss c. 1 pruebas)

En la fecha programada para la práctica de las pruebas, esto es el 12 de diciembre de 2006, se inició la diligencia en el municipio de Tunja sin la presencia del Alcalde, sin la de su apoderado y sin la del testigo Garavito. Se dejó constancia de las personas presentes en dicho momento, como también de su traslado al municipio de Santa Sofía para continuarla. En este municipio se presentaron el alcalde y su apoderado. En desarrollo de la audiencia se practicaron algunas pruebas y, a solicitud de los peritos, se dispuso continuarla el 10 de enero de 2007 fecha en la que, con la entrega del dictamen, se recibirían los testimonios de dos arquitectos, uno de ellos el del señor Garavito. Esta decisión fue notificada en estrados y respecto de ella el alcalde del municipio de Santa Sofía y su apoderado guardaron silencio (Acta 008, fols. 55 y 56 c 1 pruebas).

El 10 de enero de 2007 se continuó la audiencia de pruebas, a la que no asistieron ni el alcalde, ni su apoderado, ni su testigo Garavito. En la correspondiente acta se dejó constancia de la inasistencia de éste último,

como también que él debió ser avisado por el Municipio, conforme se dispuso en la providencia que decretó la prueba y por cuanto no se allegó dirección alguna donde se le pudiera ubicar. El tribunal de arbitramento consideró desistida la prueba con fundamento en que no se presentó el testigo y no se aportó excusa de su inasistencia (acta 009, fols. 69 ss. c. pruebas 1).

El 12 de enero de 2007 se notificó por estado la providencia del 10 de enero de 2007 por medio de la cual se dispuso el traslado del dictamen pericial, decisión que fue comunicada al municipio mediante oficios 2048 y 2049 de la misma fecha. Así mismo se les requirió para que remitieran documentos al expediente y se les comunicó que el 29 de enero siguiente continuaría el trámite del proceso arbitral (fols. 98 a 100 c. pruebas 1).

El 29 de enero de 2007 se realizó la audiencia a la que no asistieron ni el alcalde, ni su apoderado. En la misma se aceptó como prueba el dictamen pericial, se ordenó requerir al municipio para que remitiera la documentación ya solicitada y se fijó el 12 de febrero siguiente para realizar la audiencia de alegatos de conclusión. (acta 0010 a fols. 99 ss c. 1 pruebas).

La anterior decisión fue notificada las partes, se fijó en lista por un día y mediante oficios 3033 y 3032 del 30 de enero de 2007 se comunicaron las anteriores decisiones al municipio (fols. 108 ss c. ppal 1).

El municipio aportó algunos documentos el 9 de febrero de 2007 y en la fecha fijada para audiencia de alegatos tampoco se hizo presente. En esta oportunidad se señaló el 22 de marzo de 2007 como fecha para realizar audiencia de fallo, decisión que fue notificada y comunicada al municipio mediante oficios 3173 y 3175 del 16 de febrero de 2007 (acta 0011 a fols. 125 y 127, 138 y 139 c. ppal 1.).

Con fundamento en todo lo anterior la Sala concluye que fue la negligencia y la desidia del municipio la que condujo a que la prueba que ahora se reclama no se hubiese practicado. No sólo por las gravísimas e injustificadas inasistencias a las audiencias que conforman el proceso arbitral, sino porque las mismas determinaron la preclusión de oportunidades legales en las que bien pudieron recurrir las decisiones por medio de las cuales el tribunal de arbitramento consideró desistida la prueba, dispuso el cierre de la etapa probatoria, fijó fecha para audiencia de alegatos y seguidamente para audiencia de fallo.

Como bien lo sostuvo el señor Procurador Cuarto ante esta Corporación, fueron circunstancias imputables a la entidad convocada aquí recurrente, las que determinaron la no recepción del testimonio del arquitecto Garavito.

En efecto, quedó claramente evidenciado que al solicitar la prueba el municipio informó como dirección a la que podía notificársele al señor Garavito, la del palacio municipal; la prueba se decretó oportunamente y en ella se dispuso citar al testigo a dicha dirección. Enterado el municipio convocado de la citación de su testigo no realizó gestión alguna para que este fuera enterado; no asistió a las audiencias respectivas, no recurrió las providencias dictadas por el tribunal de arbitramento en las mismas y no objetó la decisión del tribunal de arbitramento de dar por terminada la etapa probatoria.

Con tales omisiones de la parte aquí recurrente, se incumplieron los requisitos que hacen procedente la anulación del laudo por esta causal, porque no demostró que se hubieren dejado de practicar las diligencias

necesarias para evacuar la prueba testimonial, como tampoco que el municipio interesado *la hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos*.

Y al no estar demostrados tales supuestos, carece de relevancia analizar la incidencia que dicho testimonio hubiese tenido en la decisión que adoptó el tribunal de arbitramento.

5.3. Conclusión

Por lo expuesto la Sala considera incumplidos los supuestos que condicionan la procedencia de la causal invocada y por ende, no demostrado el vicio del laudo que alegó la parte recurrente. Por esta razón declarará infundado el recurso, conforme lo establece el artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por la ley 446 de 1998.

6. Costas judiciales

La Sala en aplicación de lo normado por la ley condenará en costas a la entidad convocada recurrente porque la causal que invocó no prosperó.

En efecto, el artículo 40 del decreto ley 2.279 de 1989 reformado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, prevé la condena en costas para el que interpone el recurso de anulación cuando ninguna de las causales en que lo fundamentó prospere.¹⁶

¹⁶ Al efecto cabe consultar las sentencias 14499 del 25 de febrero de 1999, 15623 del 27 de abril del mismo año y la reciente sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 18411, en la cual la Sala precisó la procedencia de la condena en costas cuando no prospera ninguna de las causales de anulación invocadas por el recurrente con fundamento en las normas particulares que rigen la materia.

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

F A L L A:

PRIMERA.- DECLÁRANSE infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de marzo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Administración Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales-CONALDE y el Municipio de Santa Sofía.

SEGUNDA.- DENIEGANSE las demás peticiones.

TERCERA.- CONDÉNASE en costas al Municipio de Santa Sofía conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Tásense.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO A TRAVES DE SU SECRETARIA.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO
GÓMEZ

MAURICIO FAJARDO

**ENRIQUE GIL BOTERO
BECERRA**

RAMIRO SAAVEDRA