

ARBITRAMIENTO - Generalidades. Naturaleza / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza. Generalidades / PACTO ARBITRAL - Efectos / ARBITROS - Competencia / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Errores in procedendo

El arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Carta y se encuentra regulado en el Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 y así mismo, se halla compilado en el Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. En este mecanismo alternativo de solución de conflictos, los árbitros actúan por autorización de la ley y en virtud de habilitación de las partes en conflicto, y cuenta además, con ciertos límites materiales y temporales, en la medida en que sólo pueden ser sometidos a la solución de árbitros aquellos litigios en los que se ventilen asuntos que sean materia transigible, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición; el tribunal de arbitramento sólo existirá durante el tiempo acordado por las partes o estipulado en la ley y terminará sus funciones una vez expida el respectivo laudo arbitral, que podrá ser en conciencia, técnico o en derecho; cuando se trate de dirimir controversias derivadas de contratos estatales, el arbitramento será en derecho, salvo que se pacte un arbitramento técnico para efectos de dirimir diferencias de esta naturaleza (arts. 70 y 74, Ley 80/93). Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el proceso arbitral es de única instancia, puesto que el tribunal de arbitramento se constituye para solucionar el específico litigio que se somete a su juzgamiento y desaparece cuando se profiere el laudo arbitral, razón por la cual, contra éste no procede recurso ordinario alguno. Significa lo anterior, que el recurso extraordinario de anulación procede únicamente por errores in procedendo, o sea aquellos en los que formalmente hubiera podido incurrir el tribunal en el trámite del proceso y la decisión, sin que el juez del recurso pueda adentrarse en las cuestiones de fondo resueltas en el laudo, por cuanto no le compete estudiar, en principio, los errores in iudicando.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del arbitramento, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de junio de 2006, rad. 29476 y 32398, MP. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la naturaleza de única instancia del proceso arbitral, sentencia del 7 de marzo de 2007, rad. 32399, MP. Ramiro Saavedra Becerra. Y sobre los límites del recurso de anulación, sentencia del 6 de marzo de 2008, rad. 34193, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

CAUSAL 8 DEL ARTICULO 38 DEL DECRETO 2279 DE 1989 - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros / CAUSAL 9 DEL ARTICULO 38 DEL DECRETO 2279 DE 1989 - No haberse decidido cuestiones sujetas al arbitramento / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Fundamento

Las causales contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, son manifestación del principio de congruencia que deben observar todas las sentencias judiciales, conforme al cual, éstas deben proferirse dentro de los precisos límites que le han sido impuestos al juzgador tanto por la ley, como por las partes en conflicto, lo que implica que aquel sólo debe y puede resolver aquellos asuntos que, siendo transigibles y corresponden a los contenidos en el respectivo pacto arbitral suscrito por las partes, expresamente han sido puestos a su consideración en la demanda y en la contestación de la demanda, o aquellos que, por expresa disposición legal, le corresponde decidir al juez, así sea oficiosamente; y debe resolver de manera completa, es decir decidiendo todo lo

pedido, sólo lo pedido y no más que lo pedido por las partes y con fundamento en la causa petendi alegada por ellas, es decir, en los hechos expuestos en la demanda y la contestación. El principio de congruencia, puede resultar afectado por los fallos denominados ultra petita (cuando el juez concede más allá de lo pedido), citra o infra petita (cuando se concede menos de lo pedido, es decir, deja de resolver cuestiones que le correspondía decidir-) y extra petita (cuando se concede algo que no fue pedido -o se pronuncia sobre aspectos que no hacían parte de la controversia sometida a su decisión-), de tal manera que la consagración de esta causal de anulación de los laudos arbitrales, tiende a verificar que el pronunciamiento o decisión se haya producido dentro del marco de la competencia que le ha sido atribuida al respectivo tribunal de arbitramento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de congruencia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 7 de marzo de 2007, rad. 32399, MP. Ramiro Saavedra Becerra; del 24 de abril de 2008, rad. 34072, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; del 8 de junio de 2006, rad. 29476 y 32398, reiteradas en sentencia del 27 de marzo de 2008, rad. 33645, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

ARBITRAMIENTO - Finalidad / PROCESO ARBITRAL - Controversias sometidas / LITIGIO - Noción / PROCESO DE CONOCIMIENTO - Naturaleza. Causas / PROCESO EJECUTIVO - Naturaleza / PROCESO DE CONOCIMIENTO - Diferente a proceso ejecutivo / PROCESO EJECUTIVO - Diferente a proceso de conocimiento / DEMANDAS EJECUTIVAS - Condiciones para que puedan ser conocidas por Tribunales de Arbitramento / ARBITROS - Condiciones para que pueden conocer de procesos ejecutivos / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Condiciones para que puedan conocer de procesos ejecutivos

De la específica naturaleza del proceso ejecutivo y su finalidad, puede deducirse en principio, la improcedencia del mecanismo arbitral para su trámite, por cuanto no existiría controversia sobre materia transigible que lo justificara, sino el cobro de una obligación clara, expresa y exigible, en donde ninguna duda cabe respecto de la titularidad del derecho que se ejerce coactivamente a través del ejecutivo. No obstante, la Constitución Política, al permitir la designación de árbitros por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, que serán por lo tanto investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (art. 116), no estableció limitación alguna y defirió a la ley los términos del ejercicio de la función judicial por estos particulares; en consecuencia, el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede establecer las condiciones en las que el arbitramento será posible dentro de nuestro sistema jurídico procesal. Al respecto, observa la Sala que el legislador otorgó de manera expresa la facultad de acudir al arbitraje en ciertos procesos ejecutivos hipotecarios (artículo 88 de la Ley 510 del 3 de agosto de 1999). Es decir que, así se admita la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento para tramitar procesos ejecutivos, surgen dos obstáculos que deben ser superados para que aquellos puedan actuar válidamente en tal clase de procesos: 1) De un lado, es necesario que el legislador autorice y establezca el procedimiento a seguir por parte de los árbitros, cuando se trate de cobros ejecutivos, puesto que el procedimiento que actualmente existe, corresponde a un proceso de conocimiento, declarativo y de condena, que obviamente no resulta adecuado para aquella finalidad. 2) De otro lado, es necesario que las partes expresamente hayan acordado en el pacto arbitral la posibilidad de someter al conocimiento de árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en títulos ejecutivos –en este caso, derivados de contratos estatales-, es decir, que de manera expresa y concreta incluyan en la cláusula compromisoria o en el compromiso, el acuerdo de

tramitar los procesos ejecutivos que se puedan suscitar entre ellas, ante tribunales de arbitramento y no ante la justicia ordinaria.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de que los árbitros puedan tramitar procesos ejecutivos, Corte Constitucional, sentencia T-057 del 20 de febrero de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Suprema de Justicia, tutela del 23 de septiembre de 1994, rad. 1566, MP. Pedro Lafont Pianetta. La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto 2551 de 1991 mediante sentencia C-294 del 6 de julio de 1995, rad. Jorge Arango Mejía. Sobre la procedencia o improcedencia de la actuación arbitral frente a procesos ejecutivos, Consejo de Estado, Sección Tercera, autos de 9 de octubre de 1997, rad. 13703, MP. Juan de Dios Montes Hernández; de 10 de diciembre de 1998, rad. 15407, MP. Daniel Suárez Hernández; de 12 de agosto de 1999, rad. 16380 y de 13 de diciembre de 2001, rad. 15310, MP. Germán Rodríguez Villamizar, y Corte Constitucional, sentencias C-294/95 de junio 6 de 1995, MP. Jorge Arango Mejía y C-384 del 5 de abril de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - No podía conocer de demanda ejecutiva / ARBITROS - Falta de competencia / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - En materia de contratación estatal no existe norma legal que los autorice para conocer de procesos ejecutivos

En materia de contratación estatal, no existe norma legal alguna que autorice la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos derivados de contratos de la Administración, los cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; como tampoco se ha regulado por parte del legislador, como mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para los derivados de los contratos estatales, proceso arbitral distinto al consagrado en el Decreto Ley 2279 de 1989, el cual corresponde a un proceso de conocimiento tendiente a la definición de controversias mediante la expedición de un laudo arbitral que decida sobre las pretensiones y defina el derecho en cuestión. Los árbitros se pronunciaron sobre un asunto que no estaba sujeto a su decisión, pues asumieron la competencia para conocer del mismo, frente a una demanda ejecutiva en la que se les pidió que profirieran un mandamiento de pago en contra de la entidad estatal convocada. Ese desbordamiento, manifestado en la expedición de un fallo extra petita, configura una violación del principio de congruencia, que debe ser respetado por todo juez en sus providencias y a cuya protección apunta la causal 7ª del artículo 8º del Decreto Ley 2279 de 1989, invocada en el recurso de anulación que ahora se decide. No es de recibo, por lo tanto, que los árbitros pretendan “interpretar” la demanda de convocatoria del tribunal de arbitramento, variándola de tal manera, que se acomode a la real competencia que ellos ostentan para resolver las controversias que en esa precisa relación negocial puedan surgir entre las partes; resulta totalmente irregular la actuación del tribunal de arbitramento de pretender cambiar las pretensiones del demandante, so pretexto de proceder a su interpretación, reemplazando su voluntad y querer al acudir al juez del contrato y tramitando un proceso de conocimiento que no fue pedido y que además no se requería, resultaba inocuo e inútil, frente a la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un documento proveniente del deudor, obligación que por lo tanto, no era necesario establecer nuevamente, aparte de que esto implicaba desconocer la fuerza normativa que ostentaban las actas de liquidación bilateral de los contratos suscritas por las partes y presentadas como título ejecutivo, respecto de las cuales, ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala que se trata de acuerdos de voluntad que sólo pueden ser invalidados si se alega y comprueba un

vicio del consentimiento que los afecte. Por si lo anterior fuera poco, se observa que en la cláusula compromisoria suscrita por las partes, ellas no acordaron someter a la decisión de los árbitros las controversias que se pudieran suscitar con ocasión del cobro ejecutivo de las obligaciones derivadas del contrato estatal celebrado. El Tribunal de Arbitramento dejó de lado y no le mereció comentario alguno el hecho de que la sociedad Asmet Salud hubiera acudido en primer lugar ante la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda ejecutiva ante el Tribunal Administrativo de Nariño y que éste –en forma equivocada, por demás-, le hubiera rechazado la demanda por falta de jurisdicción, hecho que sin lugar a dudas, la indujo a intentarlo ante un tribunal de arbitramento, no porque sus pretensiones hayan variado sino porque el juez natural del contrato le indicó esta vía procesal como la procedente para la tramitación del cobro ejecutivo que buscaba efectuar. En estas condiciones, lo que realmente se configuró fue una verdadera denegación de justicia. De acuerdo con lo expuesto, no queda duda entonces, sobre la configuración de la causal de anulación consistente en haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

NOTA DE RELATORIA: En relación a la falta de competencia de los árbitros como evento de incongruencia que configura a su vez la causal enlistada en el numeral 7 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (coincidente con el anterior numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 de mayo de 2004, rad. 25156, MP. María Elena Giraldo Gómez; del 4 de julio de 2002, rad. 21217 y del 6 de marzo de 2008, rad. 34193.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00026-00(36478)

Actor: ASMET SALUD E.S.S. A.R.S.

Demandado: MUNICIPIO DE EL CHARCO

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el **Laudo Arbitral del 14 de noviembre de 2008** (fl.460, cdno ppl), proferido por el Tribunal de Arbitramento que se constituyó para dirimir las controversias surgidas entre la **ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA “ASMET SALUD” E.S.S. A.R.S.** y el **MUNICIPIO DE EL CHARCO (Nariño)**, con ocasión de los Contratos A 048, O 050, D 050, D 051 y D 052 -y sus otrosí-, cuyo

objeto fue la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud, entre los años 2004 y 2006, el cual será anulado.

ANTECEDENTES

1. El Municipio de El Charco y la **ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA “ASMET SALUD” E.S.S. A.R.S.**, celebraron los Contratos A 048, O 050, D 050, D 051 y D 052, para la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud, en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2004 y el 30 de septiembre de 2006 ((fls. 43 a 56, cdno. 1).

En dichos contratos, se pactó la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“VIGÉSIMA OCTAVA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA. Para efectos de dirimir las diferencias que puedan surgir en relación con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato de aseguramiento, las partes acuerdan someter la decisión a la Jurisdicción arbitral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993”.

El 6 de julio de 2007, las partes de común acuerdo efectuaron la liquidación final de los contratos y sus adiciones realizando los respectivos incrementos por UPC-S, y registro de novedades por fallecimientos, nacimientos, multifiliaciones, exclusiones, etc, lo que arrojó un saldo total a favor de **ASMET SALUD** que ascendió a la suma de \$1.054'562.936,43, que debía ser pagada dentro de los 30 días siguientes a la liquidación de los contratos, es decir, el 5 de agosto de 2007. ([Actas de liquidación: fls. 17 a 42, cdno. 1).

En vista de que la entidad contratante no pagó el saldo de los contratos a favor de **ASMET SALUD**, ésta presentó demanda ejecutiva ante el Tribunal Administrativo de Nariño, el cual la rechazó por considerar que no era competente, toda vez que se trataba de contratos con cláusula compromisoria.

2. Convocatoria del tribunal de arbitramento.

Mediante escrito presentado el 29 de abril de 2008 ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Pasto, la

ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA “ASMET SALUD” ESS, presentó convocatoria a un tribunal de arbitramento y solicitó que éste librara mandamiento de pago en contra del **MUNICIPIO DE EL CHARCO** (Nariño) por las siguientes sumas:

“PRIMERO.-

Por la suma de **SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOSTREINTA PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$782.981.630,94)**, por el saldo adeudado por el Contrato A048 y sus adiciones.

Por los intereses moratorios causados a partir del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007), fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta su pago total, los cuales deberán ser liquidados conforme al artículo 32 del Decreto 050 de 2003, es decir en la tasa establecida para obligaciones tributarias de la DIAN.

SEGUNDO.-

Por la suma de **VEINTICINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$25.184.818,95)**, por el saldo adeudado por el Contrato O050 y sus adiciones.

Por los intereses moratorios causados a partir del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007), fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta su pago total, los cuales deberán ser liquidados conforme al artículo 32 del Decreto 050 de 2003, es decir en la tasa establecida para obligaciones tributarias de la DIAN.

TERCERO.-

Por la suma de **CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL OCHENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$4.730.081,49)**, por el saldo adeudado por el Contrato D050 y sus adiciones.

Por los intereses moratorios causados a partir del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007), fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta su pago total, los cuales deberán ser liquidados conforme al artículo 32 del Decreto 050 de 2003, es decir en la tasa establecida para obligaciones tributarias de la DIAN.

CUARTO.-

Por la suma de **CATORCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$14.559.652,90)**, por el saldo adeudado por el Contrato D051 y sus adiciones.

Por los intereses moratorios causados a partir del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007), fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta su

pago total, los cuales deberán ser liquidados conforme al artículo 32 del Decreto 050 de 2003, es decir en la tasa establecida para obligaciones tributarias de la DIAN.

QUINTO.-

Por la suma de **NOVENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS OCHO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$95.310.708,76)**, por el saldo adeudado por el Contrato D052 y sus adiciones.

Por los intereses moratorios causados a partir del cinco (5) de agosto de dos mil siete (2007), fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta su pago total, los cuales deberán ser liquidados conforme al artículo 32 del Decreto 050 de 2003, es decir en la tasa establecida para obligaciones tributarias de la DIAN”.

La convocante solicitó tener como pruebas la copia de los contratos y sus adiciones, así como las actas de liquidación de los contratos y copia de la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño en la que éste se declaró incompetente para conocer del proceso ejecutivo por mediar cláusula compromisoria en los respectivos contratos.

3. Iniciación del trámite arbitral.

El 6 de mayo de 2008, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pasto recibió la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento e inició el trámite arbitral, señalando día y hora para la designación de los árbitros; para tomar esta decisión, manifestó que en la solicitud de convocatoria *“Afirma el demandante, que con ocasión del mencionado contrato han surgido diferencias que es necesario sean dirimidas por un Tribunal de Arbitramento”*, y que en los respectivos contratos, obraba la cláusula compromisoria (fl. 60, cdno 1)¹.

El 24 de junio de 2008, sin la asistencia del representante legal o apoderado del Municipio de El Charco –a pesar de haber sido citado para la diligencia-, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pasto procedió a designar los tres árbitros que se encargarían de dirimir la controversia (fl. 72, cdno 1).

4. Competencia del tribunal de arbitramento:

¹ Anota la Sala, que en parte alguna del documento de convocatoria del tribunal de arbitramento, se hizo tal afirmación.

El 10 de julio de 2008, se realizó la Audiencia Primera de Trámite para la instalación del Tribunal de Arbitramento a la cual concurrieron los apoderados de Asmet Salud y el Municipio de El Charco; en dicha audiencia, tomaron posesión los árbitros y el Tribunal, luego de estudiada la demanda de convocatoria y sus anexos, se declaró competente para conocer del asunto y avocó el conocimiento de la solicitud de arbitramento, fijó los honorarios y gastos del proceso y ordenó correr traslado de la solicitud de convocatoria a la parte convocada y al Ministerio Público (fl. 92, cdno 1); al respecto, manifestó:

“1º. El presente proceso tiene su causa en los contratos para la Administración de Recursos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, o aseguramiento, en los cuales en sus cláusulas VEINTIOCHO (28), se ha pactado lo siguiente: ‘CLAUSULA COMPROMISORIA: Para efectos de dirimir las diferencias que puedan surgir en relación con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato de aseguramiento, las partes acuerdan someter la decisión a jurisdicción arbitral, de acuerdo con lo establecido en el art. 70 de la Ley 80 de 1993.

(...)

4º. Según la cláusula el Laudo será en derecho. La demanda de convocatoria reúne los requisitos exigidos y la cláusula no está viciada de nulidad. Así las cosas, el Tribunal es competente y por ello avocará el conocimiento del proceso. De otra parte se analizó y deja expresa constancia que no existe causal de impedimento que impida a las suscritas árbitros conocer del proceso (...).”

5. Contestación de la demanda.

Mediante Auto del 28 de julio de 2008, el Tribunal de Arbitramento tuvo por no contestada la demanda por la parte convocada (fl. 105, cdno 1).

El representante del Ministerio Público, en comunicación del 26 de agosto de 2008 al Tribunal de Arbitramento, manifestó que *“Es verdad que la liquidación del contrato finiquita la relación contractual, define el estado económico, determina las obligaciones a cargo de las partes, y presta mérito ejecutivo. Sin embargo, en la medida que de acuerdo con lo consagrado por el Numeral 7 del Artículo 277 de la Constitución, el Ministerio Público actúa como sujeto procesal en defensa del patrimonio público, para tal fin estima que es necesaria, en relación con el ordinal segundo de los hechos de la demanda, la demostración de la prestación de los*

servicios contemplados en el Pos subsidiado, bien a través de los informes de los interventores de los contratos, o de la prueba pericial, teniendo en cuenta la respectiva facturación, discriminada por clase de servicios, las cuentas presentadas por ASMET SALUD, y las glosas efectuadas a las mismas; que permitan definir el monto que el Municipio debe cancelar” (fl. 142, cdno 1).

6. Audiencia de conciliación:

Mediante Auto del 26 de agosto de 2008, el Tribunal de Arbitramento declaró surtida y fracasada la audiencia de conciliación por ausencia del convocado y convocó para la siguiente audiencia de trámite, en la que “...*para proceder a decretar las pruebas solicitadas y las que este Tribunal considere pertinentes*”. (fl. 145, cdno 1).

7. Mediante memorial del 27 de agosto de 2008, el apoderado del Municipio de El Charco solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado o parcialmente desde el auto que fijó fecha para la audiencia de conciliación, y que se citara a las partes para que se llevara a cabo una diligencia de liquidación del crédito; manifestó el apoderado, refiriéndose a la audiencia de conciliación que se celebró, que

“2º. La norma que se aplica en estos casos es el Artículo 101 del C. de P.C., según se desprende de la parte considerativa y resolutive de la providencia calendada el día 26 de agosto del año que cursamos.

3º. Veamos que dice la norma mencionada.

Artículo 101. Procedencia contenido y trámite. Reformado. Decreto 2282 de 1989, art. 1., num. 51. Cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario...’.

Así las cosas este estatuto se estableció de manera taxativa para estos procesos y toda actuación que viole una disposición de orden público es causal de NULIDAD, tal como lo ordena el Artículo 140 en su numeral 4”.

En audiencia realizada el 1º de septiembre de 2008, el Tribunal de Arbitramento negó la solicitud de nulidad elevada por la parte convocada y decretó como pruebas las que pidió tener como tales la parte actora, aduciendo (fl. 160, cdno 1):

“(...) que el decreto 1818 de 1998 en su artículo 141 ha regulado sin lugar a dudas: Que en los procesos arbitrales ‘se surtirá el trámite

previsto en los artículos 428 y 430 del C. de P.C.'. Los artículos a los que se remite establecen el trámite de la demanda, admisión, traslado, contestación y señalamiento de fecha y hora de audiencia de conciliación y establece claramente las reglas para el trámite de dicha audiencia, normas que a su vez nos remiten al párrafo segundo y tercero del artículo 101 del C. de P.C. (...). Respecto de la solicitud de la audiencia o 'reunión' para hacer una liquidación del crédito, no es procedente ya que en su momento este colegiado se pronunciará al respecto en el laudo que decida el fondo de este negocio”.

El 12 de septiembre de 2008, se realizó audiencia de trámite para escuchar los alegatos de conclusión, en la cual el apoderado de la parte convocada presentó incidente de nulidad de todo lo actuado, por considerar que el apoderado de la parte actora no tenía poder para presentar demanda ejecutiva como lo hizo; el Tribunal de Arbitramento rechazó la solicitud, por considerar suficiente el poder general aportado al proceso; en la misma audiencia, el Procurador Judicial manifestó que los procesos de ejecución que se susciten con ocasión de controversias derivadas de un título ejecutivo cuya fuente es un contrato estatal, la competencia la tiene inicialmente la jurisdicción contencioso administrativa; no obstante, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 del C.P.C., el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le deberá dar el trámite que legalmente le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada; de modo que en el presente caso, el tribunal debía declararse competente para conocer del litigio, pero adecuando el trámite al previsto en la ley para los procesos arbitrales; el apoderado de la parte convocante, presentó alegato final, en el que solicitó que se despacharan favorablemente sus pretensiones, recordando que las actas de liquidación por sí solas prestaban mérito ejecutivo y solicitó que se decretara el embargo y retención de los dineros que el Municipio de El Charco tuviera depositados en cuentas corrientes y de ahorros de diversas entidades bancarias (fl. 167, cdno 1).

8. Denegatoria de medidas cautelares:

Sobre la anterior solicitud de la demandante, el Tribunal manifestó que, de conformidad con lo establecido por el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998, en los procesos arbitrales sólo eran procedentes medidas cautelares en aquellos procesos en los que la controversia recae “...sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes ...”, de tal manera

que en la controversia sometida a la decisión de los árbitros en el presente caso, que no versa sobre derechos reales ni sobre una universalidad de bienes, no eran procedentes tales medidas y en consecuencia, negó su solicitud (fls. 207 y 208, cdno 1).

EL LAUDO ARBITRAL.

Fue proferido el 14 de noviembre de 2008 y en su parte resolutive decidió (fl. 460, cdno ppl):

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda de convocatoria solicitadas por la ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS.

SEGUNDO: Condenar a pagar las costas del proceso a la parte convocante, las cuales se liquidarán teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 144 del decreto 1818 de 1998.

TERCERO: Ordénase compulsar copias de este proceso a las siguientes entidades: A la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Salud y a la Fiscalía General de la Nación”.

En las consideraciones que sirvieron de sustento a la anterior decisión, el Tribunal reiteró su competencia para decidir de fondo la controversia por estar reunidos los presupuestos para ello, que “(...) *hacen referencia a la relación jurídico material o sustancial, a saber: legitimación en la causa, interés para obrar, adecuada acumulación de pretensiones, claridad de la petición que haga posible la decisión de fondo, ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, y la no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto*”; y en relación con las pretensiones de la demanda, en la que se pidió “...*librar mandamiento de pago en contra del ente territorial accionado ...*” por las sumas allí expuestas, dijo el Tribunal:

“Como podemos deducir de la lectura de las pretensiones anteriores, la materia sobre la cual tratan es una obligación de contenido patrimonial, cuyo carácter es transigible. Esto nos lleva a afirmar, que es precisamente de aquellas sobre las cuales las partes pueden transigir y por ello, está contemplada dentro de las materias que pueden ser sometidas al conocimiento de árbitros.

Pero, si bien el tribunal puede conocer de los conflictos que se originen

en un título ejecutivo desde el punto de vista material, no lo hace a través del proceso ejecutivo, sino del proceso arbitral, que por su naturaleza difiere de aquel. Veamos:

El Proceso Arbitral, tal y como está establecido en nuestro ordenamiento legal es un proceso de naturaleza declarativa. A través de él se ventilan las diferencias de las partes sobre un conflicto, se evalúan las pruebas presentadas, se estudian los alegatos de las partes, se declara o no la existencia de un derecho y, como consecuencia de tal declaración, se condena o no a la parte demandada. El fallo o laudo que se profiere, hace tránsito a cosa juzgada material y puede ser exigido ejecutivamente.

El *Proceso Ejecutivo* por su parte, desde el punto de vista material, versa sobre una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un título proveniente del demandado y sus formas y sus etapas probatorias, están descritas en el Código de Procedimiento Civil y, por su naturaleza es un proceso coactivo, es decir, de aquellos en los que el poder coercitivo del Estado, interviene para forzar el cumplimiento de una obligación.

De esta manera, en razón de su contenido formal, los dos procesos son de distinta naturaleza y, por ello no puede el Tribunal Arbitral, utilizar las formas de un proceso que es extraño a esta jurisdicción y, que por su naturaleza está limitado a los jueces ordinarios que, a diferencia de los árbitros son permanentes y, pueden utilizar el poder coercitivo del Estado.

Por estas razones, el Tribunal ha dado al proceso que nos ocupa, el trámite señalado para el mismo por la ley, omitiendo decretar mandamiento de pago, tomando los documentos que en el proceso ejecutivo servirían como base del recaudo forzoso, como prueba de la existencia de la obligación en litigio. Sobre el particular, el Tribunal precisa la naturaleza de dichos documentos, a saber: El contrato y la liquidación: Es del caso señalar que si ellos constituyen un título ejecutivo complejo, no son en manera alguna un acto administrativo, y por esta razón, le es posible al Tribunal examinar su contenido junto a todo el acervo probatorio.

A pesar de que las pretensiones están referidas a lograr el pago coactivo de la obligación, teniendo en cuenta que en virtud del mandato Superior, el Derecho Sustancial prima sobre el formal, las pretensiones de la demanda deben ser interpretadas y adaptadas al tipo de proceso de que se trata y el laudo se pronunciará de fondo sobre ellas”.

EL RECURSO DE ANULACIÓN.

La parte convocante –ASMET SALUD ESS- presentó oportunamente recurso de anulación en contra del anterior laudo, con base en las causales previstas en los numerales 4 Y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, por haber recaído el laudo

sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (fls. 487 y 502, cdno ppl).

Explicó la recurrente, que lo pedido en la demanda que dio origen al proceso arbitral fue que se librara mandamiento de pago en contra del MUNICIPIO DE EL CHARCO, con base en las actas de liquidación de los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado, las cuales prestaban mérito ejecutivo; sin embargo, el laudo arbitral se orientó a establecer si se había dado cumplimiento al objeto contractual, cuestión que no estaba sujeta a discusión, toda vez que las actas de liquidación por sí solas eran prueba suficiente de tal cumplimiento contractual y al estar revestidas de la presunción de legalidad, ésta sólo podía ser rebatida judicialmente.

Por la anterior razón, se vulneró el principio de congruencia en virtud del cual el juez al fallar debe adecuar la sentencia a los extremos planteados por las partes en la demanda y su contestación, que son las que contienen los hechos que les sirven de fundamento a las peticiones que se elevan ante el juez para que éste las resuelva –pretensiones y excepciones-, sin que pueda conceder más de lo pedido o algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en la demanda, es decir que no puede incurrir en fallos *ultra petita* o *extra petita*.

Y en el presente caso, ni la convocante solicitó en la demanda pronunciamiento alguno sobre el cumplimiento del contrato, ni la convocada propuso excepciones en tal sentido, toda vez que ni siquiera contestó la demanda; es decir que nunca se formuló o se debatió el incumplimiento contractual.

Dice la recurrente, que el tribunal cuestionó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando se trataba de una circunstancia que nunca fue puesta en duda por la entidad demandada, ya que en las actas de liquidación bilateral de los contratos, constaba tal cumplimiento: “...*el Tribunal, aduciendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, estima que debe examinar el cumplimiento de las obligaciones; cumplimiento que (reitero) ya se encontraba demostrado en las actas de liquidación*”.

De tal manera, considera la recurrente, el tribunal, con la excusa de una pretendida interpretación de la demanda, lo que hizo fue modificar sus pretensiones sin tener facultad para ello, pues el juez sólo puede adelantar esa

labor de interpretación cuando es necesaria, es decir, cuando los términos de la demanda son confusos y enredados, “...de tal manera que resulte procedente su análisis y clarificación, con miras a determinar su verdadero sentido y lo realmente buscado por el demandante”.

La elaboración de la demanda, es una carga que deben soportar quienes acuden a la justicia, ordinaria o arbitral; y por lo tanto el juez, “Haciendo uso de la facultad de interpretar la demanda, no puede sustituir la iniciativa del interesado y tener por demandado lo que no está expresado en la demanda”, como sucedió en el presente caso, en el que se pidió que se librara mandamiento de pago y no la declaratoria de cumplimiento contractual de la actora; con su actitud, el tribunal de arbitramento desconoció, incluso, un acto administrativo investido de presunción de legalidad, como lo es la liquidación del contrato.

Por lo anterior, reitera que el tribunal de arbitramento sí profirió un laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en cuanto decidió algo distinto a lo pedido en la demanda, dejando de decidir cuestiones que sí estaban sujetas al arbitramento.

9. Por auto del 10 de marzo de 2009, el Consejo de Estado avocó el conocimiento del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 14 de noviembre de 2008 en la controversia suscitada entre **ASMET SALUD** y el **MUNICIPIO DE EL CHARCO** (fl. 524, cdno ppl).

10. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación, presentó escrito en el que solicitó que se declarara la nulidad de la totalidad del proceso arbitral, por cuanto consideró que se encuentra configurada la causal contemplada en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C., conforme al cual el proceso es nulo en todo o en parte cuando corresponda a distinta jurisdicción.

Explicó la Agencia del Ministerio Público, que lo pedido por la convocante: que se libre mandamiento de pago con fundamento en las actas de liquidación de los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado en salud que suscribió con el Municipio de El Charco, corresponde a una pretensión propia del proceso ejecutivo, el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80

de 1993, es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual, al asumir los árbitros el conocimiento de la demanda de convocatoria de un tribunal de arbitramento, se arrogaron una competencia de la que carecían y desbordaron la órbita de acción atribuida por las partes en la cláusula compromisoria, *“...desconociendo que el arbitramento, por disposición constitucional, es uno de los eventos excepcionales en que los particulares son investidos **transitoriamente** de la función de administrar justicia, en virtud de la habilitación que le otorgan las partes para resolver una controversia **limitada a la materia** que expresamente señalan las partes, y que no le es dable a los árbitros hacer interpretaciones sobre su competencia para decidir sobre cuestiones ulteriores a la liquidación del contrato, en tanto dicha facultad no les fue otorgada por las partes, como no pudo serlo, pues ella fue expresamente asignada por la Ley, se repite, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*.

Al no estar facultados los árbitros para adelantar la acción ejecutiva derivada de la actividad contractual, considera el Ministerio Público que, con base en lo dispuesto por el artículo 145 del C.P.C., debe declararse de oficio la nulidad de la totalidad del trámite arbitral y ordenar la remisión del expediente al funcionario competente para que se adecue el trámite de la acción ejecutiva, puesto que las actas de liquidación de los contratos administrativos conservan el carácter ejecutivo y ejecutorio que les otorga el artículo 64 del CCA (fl. 528, cdno ppl).

CONSIDERACIONES.

I- Competencia.

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto por la **ASOCIACION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS** en contra del Laudo Arbitral proferido para dirimir el litigio surgido entre ésta y el **MUNICIPIO DE EL CHARCO**, con ocasión de los Contratos de administración de recursos del régimen subsidiado en salud Nos. A 048 de 2004, O 050 de 2004, D 050 de 2005, D 051 de 2005 y D 052 de 2005, toda vez que conforme a lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, el Consejo de Estado es competente para conocer privativamente y en única instancia del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en

contratos estatales², por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Por otro lado, una de las partes del contrato que dio origen al litigio, el **MUNICIPIO DE EL CHARCO**, es una entidad pública, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el art. 1º de la Ley 1107 de 2006³, esta jurisdicción está instituida “...para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)”.

II- El Recurso de Anulación de los Laudos Arbitrales.

El arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Carta y se encuentra regulado en el Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 y así mismo, se halla compilado en el Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

El artículo 1º del Decreto 2279 –modificado por el art. 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998-, establece que el arbitraje es un mecanismo mediante el cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral; dicho sometimiento, se da a través de la

² En Sentencia del 6 de junio de 2002, Expediente 20634, Actor: TELECOM, demandado: NORTEL NETWORKS DE COLOMBIA S.A., la Sala reiteró que eran contratos estatales, en general, todos aquellos celebrados por entidades públicas, independientemente del régimen jurídico al cual estuvieran sometidos, es decir, bien sea que se sujeten o no, a las normas de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto la jurisdicción competente para conocer de las controversias suscitadas en torno de los mismos es la contencioso administrativa; posición que ha sido reiterada por la Sala, entre otras, en Sentencias del 24 de mayo de 2006, Expediente 31024; del 3 de agosto de 2006, Expediente 32328; del 21 de marzo de 2007, Expediente 32841, referida expresamente a los contratos de prestación de servicios de salud de las Empresas Sociales del Estado; del 19 de septiembre de 2007, Expediente 16010.

³ Esta norma, modificó el criterio que contenía el anterior artículo 82 del CCA para efectos de determinar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que se pasó de utilizar un criterio material, conforme al cual sólo se conocía de **las controversias y litigios administrativos** originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñaran funciones propias de los distintos órganos del Estado, a la aplicación de un **criterio orgánico**, conforme al cual, se juzgan las actuaciones de todas las entidades pertenecientes a la estructura del Estado.

suscripción de un pacto arbitral (Art. 2º del Decreto 2279/89, modificado por el art. 115, de la Ley 446/98), por medio del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, el cual está conformado por particulares que pueden ser escogidos por ellas mismas, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces; pacto que a su vez, puede darse en la modalidad de cláusula compromisoria o compromiso, correspondiendo la primera, según el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, al pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral; en cambio el Compromiso, lo define el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989 –modificado por el artículo 117 de la Ley 446 de 1998–, como un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral.

En este mecanismo alternativo de solución de conflictos, los árbitros actúan por autorización de la ley y en virtud de habilitación de las partes en conflicto, y cuenta además, con ciertos límites materiales y temporales, en la medida en que sólo pueden ser sometidos a la solución de árbitros aquellos litigios en los que se ventilen asuntos que sean materia transigible, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición; el tribunal de arbitramento sólo existirá durante el tiempo acordado por las partes o estipulado en la ley y terminará sus funciones una vez expida el respectivo laudo arbitral, que podrá ser en conciencia, técnico o en derecho; cuando se trate de dirimir controversias derivadas de contratos estatales, el arbitramento será en derecho, salvo que se pacte un arbitramento técnico para efectos de dirimir diferencias de esta naturaleza (arts. 70 y 74, Ley 80/93).

Se trata pues, como lo ha dicho la Sala, de “(...) *una justicia administrada por particulares en única instancia, cuya decisión expresada en una providencia denominada laudo, obliga a las partes que a ella se sujetan para resolver sus discrepancias, en tanto aquél tiene la misma naturaleza y efectos de las sentencias proferidas por la jurisdicción*”⁴.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 8 de junio de 2006, Expedientes 29.476 y 32.398; C.P: Ruth Stella Correa Palacio

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el proceso arbitral es de única instancia, puesto que el tribunal de arbitramento se constituye para solucionar el específico litigio que se somete a su juzgamiento y desaparece cuando se profiere el laudo arbitral, razón por la cual, contra éste no procede recurso ordinario alguno; *“...la decisión, en consecuencia, sólo es susceptible del recurso extraordinario de anulación, que procede únicamente como mecanismo de garantía del trámite arbitral, puesto que apunta a controlar que se haya dado cumplimiento a la normatividad que lo rige y que contiene los requisitos para su trámite, y que en el mismo se hayan respetado los derechos de contradicción y de defensa de las partes, así como la congruencia de la decisión, que debe proferirse dentro de los límites impuestos tanto por éstas, como por la ley; y precisamente a verificar estas circunstancias es que apuntan las causales de anulación de los laudos arbitrales consagradas en la ley en forma taxativa, las cuales dan lugar a declarar la nulidad del laudo, salvo aquellas que expresamente autorizan al juez del recurso para que proceda a corregirlo, como lo hace el inciso 2° del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989 -reformado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998-, en el sentido de que cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1°, 2°, 4°, 5° y 6° del artículo 38 del mismo decreto⁵, se declarará la nulidad del laudo y ‘... en los demás casos se corregirá o adicionará’.”⁶*

Significa lo anterior, que el recurso extraordinario de anulación procede únicamente por errores *in procedendo*, o sea aquellos en los que formalmente hubiera podido incurrir el tribunal en el trámite del proceso y la decisión, sin que el juez del recurso pueda adentrarse en las cuestiones de fondo resueltas en el laudo, por cuanto no le compete estudiar, en principio, los errores *in judicando*⁷:

“(...) se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la

⁵ “1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita... 2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal... 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas...; 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga... 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...”

⁶ Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 32399. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo de 2008. Expediente 34193. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión”.

2.1. Las causales de anulación de laudos en los contratos estatales:

Observa la Sala en primer lugar, que el laudo arbitral objeto del presente recurso de anulación, fue expedido el 14 de noviembre de 2008, es decir cuando ya había entrado a regir la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 22 modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, estableciendo que “*Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan*”, lo que releva a la Sala de analizar la situación que se presentaba antaño, cuando eran distintas las causales de anulación a aplicar, dependiendo del régimen jurídico al que estuviera sujeto el respectivo contrato: Las del antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993⁸, a los cobijados por esta ley, o las del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989⁹ –compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998- para aquellos contratos sometidos a las normas

⁸ El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, establecía como causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas con ocasión de los contratos estatales regidos por dicha ley, las siguientes: 1) 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 reclamado en la forma y tiempo debidos; 2) haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; 3) contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento; 4) haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y 5) no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

⁹ El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, establece las siguientes causales de anulación:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. Numeral derogado. Art. 167, num. 2º, Ley 446 de 1998.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar 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.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

del derecho privado; hoy, para todos los contratos estatales, se aplican las mismas causales, es decir, estas últimas.

2.2. El recurso de anulación en el caso concreto:

2.2.1. Procedencia de las causales invocadas.

Observa la Sala que el recurso de anulación que ahora ocupa su atención, fue presentado con fundamento en las causales contenidas en los numerales 4 y 5 del antiguo artículo 72 de la Ley 80 de 1993, cuando, como ya se dijo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 –que ocurrió en enero 16 de 2008-, las únicas causales de anulación para todos los contratos estatales son las contempladas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989; sin embargo, este error de cita, en nada afecta la validez del recurso interpuesto, toda vez que las referidas causales de los numerales 4 y 5 mencionados, corresponden a las consagradas, así mismo, en los numerales 8 y 9 del artículo 38 vigente:

8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

En consecuencia, resulta procedente el análisis del recurso con fundamento en estas causales, cuyas generalidades se esbozan a continuación.

2.2.2. El principio de congruencia de las sentencias:

Las causales contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, son manifestación del principio de congruencia que deben observar todas las sentencias judiciales, conforme al cual, éstas deben proferirse dentro de los precisos límites que le han sido impuestos al juzgador tanto por la ley, como por las partes en conflicto, lo que implica que aquel sólo debe y puede resolver aquellos asuntos que, siendo transigibles y corresponder a los contenidos en el respectivo pacto arbitral suscrito por las partes, expresamente han sido puestos a su consideración en la demanda y en la contestación de la demanda, o aquellos que, por expresa disposición legal, le corresponde decidir al juez, así sea

oficiosamente; y debe resolver de manera completa, es decir decidiendo todo lo pedido, sólo lo pedido y no más que lo pedido por las partes y con fundamento en la *causa petendi* alegada por ellas, es decir, en los hechos expuestos en la demanda y la contestación.

El principio de congruencia, puede resultar afectado por los fallos denominados *ultra petita* (cuando el juez concede más allá de lo pedido), *citra o infra petita* (cuando se concede menos de lo pedido, es decir, deja de resolver cuestiones que le correspondía decidir-) y *extra petita* (cuando se concede algo que no fue pedido -o se pronuncia sobre aspectos que no hacían parte de la controversia sometida a su decisión-), de tal manera que la consagración de esta causal de anulación de los laudos arbitrales, tiende a verificar que el pronunciamiento o decisión se haya producido dentro del marco de la competencia que le ha sido atribuida al respectivo tribunal de arbitramento.

“Sobre el marco de actuación de los árbitros, ha dicho la Sala¹⁰:

“(…) debe recordarse que el marco de competencia de sus actuaciones, está dado en primer lugar por la ley; en segundo lugar, por las disposiciones de las partes en el pacto arbitral, respecto de los asuntos que serán sometidos a la decisión de los árbitros; y en tercer lugar, por las pretensiones incluidas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, **existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal.**

Al respecto, se observa que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hace referencia al principio de congruencia de los fallos judiciales, estipulando 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*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 32399. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

*hubieren sido alegadas **si así lo exige la ley***” (se resalta); esto quiere decir, que en principio, debe pronunciarse el juez sobre todas las excepciones que aparezcan probadas, salvo aquellas que, debiendo ser alegadas, no lo hayan sido; así lo corrobora el artículo 306 *ibidem*, al establecer que *“Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*.

Por su parte, en materia contencioso administrativa, el Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 164 la facultad del demandado de proponer excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, y dentro del término de fijación en lista, en los demás casos; y así mismo, el deber del juez de decidir en la sentencia definitiva *“...sobre las excepciones propuestas y **sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada...**”*, reiterando que son excepciones de fondo aquellas que se oponen a la prosperidad de la pretensión, y aclarando que *“...el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, **propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus**”* (las negrillas son de la Sala).

Es claro entonces, que no son solamente las cuestiones planteadas por las partes procesales las que dan lugar a decisiones y pronunciamientos del juez, sino que existen otros asuntos que éste debe resolver, de oficio (...). (Las negrillas son de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se observa que en materia de arbitramento, existen:

1) Límites constitucional y legalmente impuestos a los árbitros, como el relativo a la materia sobre la cual puede recaer su decisión, que debe corresponder a asuntos transigibles (art. 1º, Decreto 2279/89) por tratarse de derechos patrimoniales de los que pueden disponer las partes, y el concerniente a la obligación de resolver todos aquellos asuntos que por ley deben decidir los jueces en sus providencias.

2) Límites contenidos en el respectivo pacto arbitral, en el cual las partes pueden excluir temas específicos del conocimiento de los árbitros, restringiendo su actuación y decisión a ciertos y determinados asuntos relacionados con el respectivo contrato.

(...)

3) Finalmente, se encuentran los límites impuestos concretamente por las partes al trabar la litis, mediante las pretensiones aducidas en la demanda por la convocante y las excepciones propuestas por la parte convocada, las pretensiones incluidas en su

demanda de reconvencción y la respuesta que a las mismas dé la convocante”¹¹.

Y en otra ocasión, puntualizó la Sala¹²:

“La Sala se ha pronunciado en el sentido de que el laudo por inconsonancia atacable por esta causal, se puede descomponer semánticamente así:

⇒ Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita). (...)”¹³

En el presente caso, observa la Sala que la impugnante se refiere, en primer lugar, a la vulneración de los límites de la actuación de los árbitros, impuestos previamente por la demanda, en la medida en que considera que en el laudo impugnado se pronunciaron sobre un punto que estaba por fuera de la competencia a ellos atribuida mediante la concreción de las pretensiones elevadas por la convocante ante el tribunal de arbitramento, ya que en el laudo se decidió sobre el cumplimiento contractual de las partes, cuando ello no fue propuesto ni pedido por ninguna de ellas.

En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior irregularidad, los árbitros dejaron de pronunciarse sobre lo que sí les fue pedido en la demanda, que fue librar mandamiento de pago respecto de una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un título ejecutivo.

Al respecto, observa la Sala:

Procedencia de demandas ejecutivas ante tribunales de arbitramento:

¹¹ Sentencia del 24 de abril de 2008, Expediente 34072. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra

¹² Sentencias del 8 de junio de 2006, Expedientes 29.476 y 32.398, reiteradas en Sentencia del 27 de marzo de 2008, Expediente 33645; M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Sentencia del 4 de abril de 2002, Expediente 20356. M.P.: María Elena Giraldo Gómez

Como ya se ha dicho reiteradamente, el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual se inviste temporalmente de función jurisdiccional a unos particulares, para que éstos funjan como jueces, administren justicia en una causa específica y decidan la controversia suscitada entre las partes, mediante una providencia denominada laudo arbitral que, como las sentencias judiciales, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

La definición misma del arbitramento, implica la existencia de un conflicto, una controversia, un litigio, es decir, un desacuerdo entre las partes de un negocio jurídico, que requiere la intervención de un tercero imparcial, que lo dirima.

Precisamente, según las definiciones comunes¹⁴:

“Arbitrador” es “1. com. juez en quien las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias”.

Arbitro: “1. com. Der. juez designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial, para fallar el pleito conforme a derecho”.

Y el contrato de arbitraje, es definido como “1. m. Der. Compromiso de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia presente o futura, que obliga a cumplir la resolución arbitral e impide conocer a los jueces y tribunales”.

Y en un lenguaje jurídico:

Arbitraje: “Representa una forma no judicial de dirimir conflictos, mediante la que las personas naturales o jurídicas convienen en someter a la decisión de uno o de varios árbitros (siempre número impar) las cuestiones litigiosas surgidas, o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”¹⁵

Arbitraje: “Acción y facultad de resolución confiadas a un árbitro”.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22ª ed., <http://buscon.rae.es/draeI/>.

¹⁵ Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001.

Juicio arbitral: “El de carácter voluntario para las partes que someten su controversia a la resolución de un árbitro o varios –en número impar siempre, para facilitar la mayoría- para conocer y decidir la cuestión sometida a su fallo. Los árbitros, abogados por la forzosa, han de resolver según lo alegado y probado. La resolución, llamada laudo o sentencia arbitral, es recurrible ante los tribunales judiciales que la ley expresa”¹⁶

Arbitraje: Procedimiento extrajudicial por el cual las partes, en un conflicto transigible actual o potencial, remiten su solución a un tribunal ad hoc. (...) El arbitraje surge de un ‘pacto arbitral’ por el que las partes se obligan a someter sus diferencias a un tribunal arbitral renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.¹⁷

Desde la óptica de su consagración legal –artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998-, también se observa su definición en los siguientes términos:

“Art. 1º. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (La Sala resalta).

En cuanto a la doctrina, ella hace referencia a la noción del arbitraje en términos como los siguientes:

“El laudo arbitral es y continúa siendo una sentencia, o sea, un acto de declaración de certeza del derecho, emitido por órganos privados que asumen la función jurisdiccional (...).

Objeto del contrato de compromiso es la resolución de una controversia, o de varias controversias, por parte de uno o más árbitros, nombrados por las partes.

(...) La actividad desplegada por las partes y por los árbitros, en virtud de la función jurisdiccional asumida por los árbitros, suele llamarse *proceso o procedimiento arbitral*, que es el conjunto de actividades de las partes y de los órganos arbitrales encaminadas a declarar la certeza de las relaciones jurídicas concretas y a resolver las correspondientes

¹⁶ OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 2ª ed. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta, Argentina, 2002.

¹⁷ PACHON LUCAS, Carlos; Diccionario de la Administración Pública Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pg. 540.

controversias específicas sometidas al examen del juicio de los árbitros”¹⁸

“El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales.

Se llaman árbitros, a fin de distinguirlos de los ‘jueces’ o ‘magistrados’. Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. Por ello los jueces pueden ser requeridos aún desde la iniciación del arbitraje –medidas cautelares- hasta su finalización –ejecución del laudo arbitral-“.¹⁹

“El contrato por el cual dos o más personas someten la decisión de un conflicto de intereses a particulares llamados árbitros, generalmente elegidos por ellas, se denomina compromiso; y arbitraje o arbitramento dicese propiamente a la jurisdicción que mediante el compromiso se confiere a los árbitros. Proceso arbitral es el que se sigue ante los árbitros a fin de llegar a la decisión de la controversia, y sentencia o laudo arbitral es el fallo de aquel. El arbitraje puede ser voluntario o necesario; lo primero cuando las partes se someten a él espontáneamente y lo segundo, cuando norma legal las constriñe al mismo”²⁰

“El arbitramento es pues, uno de los medios previstos en la ley para que los particulares puedan obtener la solución de sus conflictos o diferencias de carácter transigible, para lo cual se requiere la manifestación expresa de los contendientes de someterse a este mecanismo, solución que se materializa en un laudo proferido por terceros que actúan en calidad de árbitros y para ello la ley los inviste transitoriamente de la facultad de administrar justicia.

(...)

El arbitraje consiste entonces, en la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque sí adquieren la primera para adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, mediante una decisión que se denomina *laudo* y que la ley equipara a una sentencia judicial, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión (...)²¹”.

¹⁸ ROCCO, Ugo; Derecho Procesal Civil. Vol. 1. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil. Editorial Jurídica Universitaria S.A., México, 2001; pgs. 80, 83 y 88.

¹⁹ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.; El Arbitraje. Abeledo Perrot, 1998, pg. 12.

²⁰ MORALES MOLINA, Hernando; Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Editorial ABC Bogotá, 11ª ed., 1991, pg. 60.

²¹ BENETTI SALGAR, Julio; El Arbitraje en el Derecho Colombiano; Editorial Temis, 2ª ed., 2001. Pgs. 14 y 15

En referencia al arbitramento internacional, también se encuentran definiciones como las siguientes²²:

“(…) la noción de arbitraje reside en la jurisdicción paccionada (sic) o convencional que tiene su origen en la voluntad de las partes, pero con efectos procesales en la ejecución del laudo, al estar garantizado por recursos jurisdiccionales como el de exequatur, que dota de eficacia al laudo homologándolo con la sentencia ordinaria para hacerlo cumplir forzosamente.

La doctrina es rica en definiciones y nociones del arbitraje. Entre las numerosas existentes, destaco las siguientes:

- El arbitraje es un medio jurídico **de arreglo de litigios**, presentes o futuros, basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente, o a través de mecanismos de designación acordados por ellas, a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- **que ponga fin a la diferencia entre ellas**.

- El concepto de arbitraje entendido como técnica en virtud de la cual una o más personas **dan solución a un conflicto planteado** por las partes, comprometiéndose previamente ambas a aceptar la decisión o laudo.

- En el Derecho español. El artículo 1 de la Ley de Arbitraje vigente dice: ‘Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros **las cuestiones litigiosas**, surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición’.

- En el Derecho francés, el arbitraje internacional está definido como aquel que regula los intereses del comercio internacional. Esta flexibilidad y aparente imprecisión es deliberada, precisamente para no encerrarse en un estrecho casuismo.

(…)

En el Derecho suizo actual (Ley de 18 de diciembre de 1987) se considera al arbitraje como uno modo privado **de solucionar conflictos**, fundado sobre el acuerdo de las partes.

(…).

Actualmente, tanto la doctrina internacional como el derecho comparado coinciden en dar una noción sobre el arbitraje a partir de los dos elementos que lo conforman:

1. La función de **resolver el conflicto** que tiene el árbitro o el tribunal arbitral, basado en la delegación otorgada por las partes.

²² ROCA AYMAR, José Luis; El Arbitraje en la Contratación Internacional. Instituto Español de Comercio Exterior. ESIC Editorial, Madrid, 1994. pgs. 37 a 41.

2. La misión y competencia **para decidir entre pretensiones o demandas contradictorias**.

Ambas funciones ponen de relieve la validez jurisdiccional, pero de origen convencional, que tiene el arbitraje. (...)

Observa la Sala cómo, en todas las citas doctrinales traídas a colación, de una u otra manera se deja claro que la función de los árbitros es **resolver controversias** suscitadas entre las partes, mediante el pronunciamiento de una decisión de naturaleza judicial, denominada laudo, que define la contención.

Ahora bien, la controversia, conflicto o litigio, es aquella situación en la que están enfrentados diversos intereses o derechos cuya titularidad se discute por las partes de una relación jurídica –negocio jurídico-, y respecto de los cuales no han logrado ponerse de acuerdo, porque se afirma o niega su existencia, o se discute el cumplimiento de alguna obligación, o se niegan reclamaciones patrimoniales, etc., etc.; es decir que lo verdaderamente relevante en estos casos, es la disparidad de criterios y el desacuerdo de las partes, así como la indeterminación de los derechos cuestionados, que -por descontado que no procede la justicia por propia mano-, hacen surgir la necesidad de acudir a mecanismos que permitan dirimir el enfrentamiento entre las partes involucradas en la controversia, siendo el principal de ellos, la sentencia judicial.

Por ejemplo, en relación con el vocablo “litigio”, es claro que el mismo no se refiere a cualquier clase de proceso judicial que se pueda adelantar, sino que tiene que ver precisamente, con la clase de asunto que en él se debe resolver; en palabras de la doctrina²³:

“Conviene precisar el alcance del concepto de *litigio* con el propósito de advertir lo inadecuado que resulta el empleo del vocablo como sinónimo de proceso. En efecto, la expresión *litigio* identifica una pugna, un desacuerdo sobre un determinado objeto, que plantea la presencia de intereses lógicamente excluyentes entre sí.

En muchas ocasiones el litigio va envuelto en la cuestión problemática que da lugar al proceso. Pero en esos casos el litigio surge mucho antes del proceso, pues éste presupone el planteamiento de la cuestión problemática ante el juez.

²³ ROJAS GOMEZ, Miguel Enrique; Teoría del Proceso. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2002. pg. 125.

Además, bien puede suceder que los implicados encuentren una fórmula de avenimiento sin necesidad de acudir al juez, caso en el cual, a pesar de haber existido litigio, no hay lugar a proceso. Lo mismo puede decirse de aquellos eventos en que el afectado se abstiene de someter la cuestión a estudio del juez, renunciando a la reclamación de su derecho, pues aquí el litigio está latente, pero el proceso no alcanza a nacer.

Otras veces el proceso versa sobre asuntos que por su naturaleza excluyen la posibilidad de un litigio, dado que comprometen el interés de sólo un individuo o el de varios sujetos que obran con idéntico propósito. En estos casos, no obstante la necesidad del proceso judicial para proveer la solución respectiva, no hay lugar a pensar en la presencia de una disputa que permita hablar de litigio”.

Es decir que las controversias o conflictos, dan lugar a la existencia de los procesos declarativos genéricos o de conocimiento, en contraposición a los procesos ejecutivos, toda vez que mediante los primeros, se busca establecer la existencia de un derecho sobre el que recae la incertidumbre, mientras que a través del segundo, lo que se pretende es el cumplido ejercicio de tal derecho radicado en cabeza del ejecutante, mediante la coerción del deudor a cumplir con su obligación, respecto de cuya existencia ninguna duda subsiste, puesto que precisamente se trata de obtener el cumplimiento coactivo de una obligación clara, expresa y exigible, que consta en un título ejecutivo, que bien puede ser una sentencia judicial en la que se haya declarado la existencia del derecho; en palabras de la doctrina²⁴:

“Los procesos de condena, declarativo y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos, el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento.

Cuando no se trata de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene la razón, sino de una pretensión insatisfecha, cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce, estamos en presencia del *proceso ejecutivo*. En aquel, el mandato no existe, sino que debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en este, el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

(...)

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando; Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid (España), 1966. pgs. 142 y 143

En el proceso de juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés pretendido, y en el proceso ejecutivo se logra la satisfacción del interés protegido, a pesar del sujeto obligado. Ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón, 'sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere dárla, en tanto que el órgano del proceso se la quita a esta para dársela a aquella'".

Se trata entonces, de dos clases de procesos cuya finalidad es diferente pero complementaria, en la medida en que a través de los de naturaleza cognoscitiva se obtiene la declaración de existencia o reconocimiento de un derecho del que aún no se es titular o respecto del cual hay duda sobre su titularidad; pero una vez surge la sentencia judicial declarando el derecho en cabeza del demandante, mediante los procesos ejecutivos se logra su efectividad, aún de manera forzada, constituyendo en tal caso la providencia, el necesario título ejecutivo, contentivo de una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante; inclusive actualmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 335²⁵ del C.P.C., es posible tramitar el proceso ejecutivo a continuación del proceso de conocimiento, ante el mismo juez y sin necesidad de la presentación de una demanda ejecutiva.

De la específica naturaleza del proceso ejecutivo y su finalidad, puede deducirse en principio, la improcedencia del mecanismo arbitral para su trámite, por cuanto no existiría controversia sobre materia transigible que lo justificara, sino el cobro de una obligación clara, expresa y exigible, en donde ninguna duda cabe respecto de la titularidad del derecho que se ejerce coactivamente a través del ejecutivo; así ha sido tradicionalmente aceptado por la doctrina:

"El arbitramento no se opone a que la justicia ordinaria sea competente en las **cuestiones no susceptibles de arbitraje, aunque emanen del negocio materia del mismo, como son las no incluidas en él, las de jurisdicción voluntaria que no implican controversia, **y las ejecutivas, ya que el arbitramento se establece para decidir y no para ejecutar.****

Sobre este punto y otros que se relacionan dice Redenti: 'Excluido que puedan ser encomendadas a los árbitros atribuciones sustitutivas de las del juez en los procedimientos de jurisdicción voluntaria (pues respecto

²⁵ "Art. 335. modif.. Ley 794 de 2003, art. 35. **Ejecución.**- Cuando la sentencia haya condenado al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor deberá solicitar la ejecución, con base en dicha sentencia, ante el juez de conocimiento, para que adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. No se requiere formular demanda, basta la petición para que se profiera el mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de aquella y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior"

a ellos no cabe la transacción, advertimos), **en la ejecución procesal forzada**, en los procedimientos de quiebra y procedimientos a ellos análogos, en la concesión de secuestros y de providencias cautelares en general”²⁶ (Las negrillas son de la Sala).

“El juez arbitral no posee *imperium*: su decisión tiene la fuerza de la cosa juzgada pero no tiene fuerza ejecutoria; no puede ordenar medidas conservatorias o cautelares como el embargo”²⁷

El profesor Devis Echandía, al respecto, manifestó:

“El compromiso arbitral puede ser sobre toda clase de litigios relacionados con el contrato o sobre algunos de ellos, taxativamente determinados. En el último caso, en nada afecta la competencia de los jueces para conocer de los demás. En el primero, la competencia general del tribunal de árbitros está limitada, aun cuando las partes nada digan al respecto, a los juicios no ejecutivos, en su sentido más amplio, porque los árbitros no tienen facultades coercitivas (...)”²⁸

Por su parte, el procesalista Hernán Fabio López Blanco, ha dicho:

“(...) se debe dejar sentado que se trata de proceso declarativo o de cognición por cuanto la actuación procesal de los árbitros va hasta cuando, mediante la declaración acerca de la procedencia o no del derecho alegado, se desata la controversia a ellos planteada en lo que se denomina laudo arbitral, que no es nada diverso a la sentencia que ellos profieren, sin que puedan ejecutar lo resuelto, (...) no queda duda acerca de que el proceso arbitral no está dado para adelantar ejecuciones, por eso su carácter de proceso de cognición o declarativo”²⁹.

(...) la actual estructura del proceso arbitral no permite conocer de la integridad de un proceso de ejecución por cuanto los árbitros carecen de las posibilidades de llevar a cabo las medidas cautelares de que trata el art. 513 del C. de P. C. y tampoco pueden ellos adelantar las etapas propias del remate, aspectos expresamente vedados a ellos en el Estatuto Arbitral.

Por tal motivo si dentro de un contrato se pactó cláusula compromisoria, pero por las particulares circunstancias surge del mismo la posibilidad de que una de las partes pueda ejecutar por cuanto se reúnen los requisitos del art. 488 del C. de P. C., la actuación de tal índole debe

²⁶ MORALES MOLINA, Hernando; Curso de Derecho Procesal Civil Parte General. 11ª ed., 1991, Editorial ABC-Bogotá. Pg. 65

²⁷ OPPETIT, Bruno; Teoría del Arbitraje. Legis Editores S.A., 2006. pg. 63, al establecer las diferencias entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral.

²⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando; Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General, T. IV, De los Actos Procesales, Parte Segunda. Editorial Temis, Bogotá, 1964; pg. 200.

²⁹ Pie de página de la transcripción: “No es que sea un imposible jurídico permitir el proceso arbitral para procesos de ejecución. Lo que sucede es que de acuerdo con la normatividad vigente, empezando por la Constitución misma, el arbitramento es eminentemente transitorio, lo que impide predicarlo de las ejecuciones, que culminan con el pago de la obligación, no con la sentencia, momento por entero incierto en cuanto a su ocurrencia”.

darse, debido a que en esta hipótesis queda sin efecto la cláusula compromisoria”.³⁰

Más recientemente, este mismo autor, al intervenir en el XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal con una ponencia en la que efectuó comentarios al proyecto de ley que reforma el régimen del proceso arbitral, sostuvo³¹:

“Para efectos de mejor entender los alcances que debe darse a la reforma del proceso arbitral es necesario dejar sentado que se trata de proceso declarativo o de cognición por cuanto la actuación procesal de los árbitros va hasta cuando, mediante la declaración acerca de la procedencia o no del derecho alegado, se desata la controversia a ellos planteada en lo que se denomina laudo arbitral, que no es nada diverso a la sentencia que profieren, sin que puedan ejecutar lo resuelto, pues si bien es cierto que fue eliminado el inciso segundo del artículo 1 del decreto 2279 de 1989 en lo referente a que ‘los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria’, en la nueva redacción que a dicha norma le imprimió el artículo 111 de la ley 446 de 1998, no significa que esta característica haya desaparecido debido a que el párrafo segundo del artículo 40 del decreto 2279 de 1989, prescribe que de ‘la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales’, lo que guarda armonía con el artículo 43 del mismo estatuto cuando en su numeral 2 consagra como causa para el cese de funciones del Tribunal ‘la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente’ y con el artículo 114 de la ley 446 de 1998 donde se advierte que las controversias provenientes de los contratos de arrendamiento se pueden someter a decisión arbitral ‘pero los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria’, con lo cual no queda duda acerca de que el proceso arbitral no está dado para adelantar ejecuciones, por eso su carácter de proceso de cognición o declarativo, aspectos todos que persisten en el proyecto de ley”.

Recuerda el autor, cómo en la actualidad existe una posibilidad de conocimiento parcial por parte de los árbitros de aspectos propios del proceso ejecutivo, cuando pueden resolver, lo que se denomina la fase declarativa del mismo, teniendo competencia para decidir si prosperan o no las excepciones perentorias planteadas, pero debiendo continuar la justicia ordinaria con la etapa de la ejecución:

“Esa posibilidad está dada cuando las partes acuerdan someter a los árbitros la decisión de las excepciones perentorias propuestas dentro de un proceso de ejecución, pero jamás permite adelantar un proceso de ejecución completo ante la justicia arbitral, es decir, desde su iniciación, pues el esquema señalado para su trámite lo impide dado

²² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio; Procedimiento Civil T. II. Parte Especial. Dupré Editores, 8ª ed., 2004, pgs. 743 y sgtes.

³¹ XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre, 1ª ed., 2008.

que no puede operar un plazo para su terminación, lo que equivale a destacar que la viabilidad se da en dos ocasiones: la primera cuando el acuerdo surge dentro de un proceso ejecutivo en curso en el que se excepcionó de fondo; la segunda cuando las partes, de consenso, acuden directamente a la justicia arbitral para que desate la controversia propia de las excepciones perentorias, porque sería exceso de formalismo exigir que primero se instaure la ejecución y luego sí se pida el traslado del expediente para que árbitros las decidan³².

(...)

Y es que si no pueden los árbitros ejecutar su propio laudo menos podrán hacerlo con títulos ejecutivos de otro origen, por lo que reitero que así en un documento se haya estipulado la cláusula compromisoria, si en el evento concreto la pretensión surge con base en el mismo permite adelantar un proceso ejecutivo, queda sin efecto la previsión y debe acudirse a la justicia ordinaria”.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, se observa:

La Corte Constitucional, al analizar el tema para decidir una tutela en 1995, consideró improcedente atribuir la función jurisdiccional a particulares para que ejercieran el poder coactivo o coercitivo que esencialmente le pertenece al Estado y por lo tanto negó la posibilidad de que los árbitros pudieran tramitar procesos ejecutivos, manifestando³³:

"5. El derecho si es preciso puede hacerse cumplir de manera forzada a través de la utilización de la coacción. El desacato de la norma, apareja la correlativa imposición, actual o posible, de una específica sanción o consecuencia negativa para el sujeto que realiza el comportamiento o la abstención proscritas. El carácter coactivo es, pues, rasgo esencial de la normatividad jurídica, sin el cual se corre el riesgo de socavar su función como técnica de control y de orientación social. Esta dimensión del orden jurídico, no descarta que sus mandatos frecuentemente se cumplan de manera espontánea, y se postula sin perjuicio de que lo deseable en una sociedad democrática y participativa, sea la realización del derecho, como marco de la convivencia pacífica, con el menor recurso a la fuerza”.

"La coercibilidad, elemento que acompaña al derecho, requiere de la existencia permanente de un aparato institucionalizado que administre la coacción de conformidad con la Constitución y la ley, las que a su turno le imprimen a su ejercicio, en razón del contenido y valores que defienden, el sello indeleble de la legitimidad democrática. Sólo así, el empleo de las medidas de coacción por las instituciones permanentes del Estado, no se identifica con la violencia o el terror organizado”.

³² Nota de la transcripción: “Se podría objetar que si existe el título ejecutivo el acreedor podría ejecutar directamente, lo que es cierto. Empero, y sin perder de vista que en estos casos el acuerdo de voluntades es la fuente básica del proceso arbitral, nada obsta para que ellas acudan a árbitros con el fin advertido, sabedora la eventual ejecutante de la futura interposición de defensas perentorias”.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-057 del 20 de febrero de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

"El ordenamiento jurídico no se limita a diseñar y establecer el aparato de fuerza y las condiciones para su ejercicio, sino que, adicionalmente, indica el método de su actuación y las formas procesales que deben observarse cuando se viola una norma jurídica y se hace entonces necesario poner en marcha sus dispositivos de constreñimiento o de reparación. En este orden de ideas, el uso de la coacción resulta inseparable de sus condiciones de ejercicio y de las formas procesales que deben agotarse para su correcto empleo, fijadas en el derecho objetivo".

"6. Los particulares, en su condición de conciliadores y árbitros, transitoriamente, pueden administrar justicia. Se pregunta la Corte si en este caso, la indicada investidura, les permite recibir y ejercitar válidamente habilitaciones de las partes para adelantar a través del procedimiento arbitral juicios de ejecución con base en títulos ejecutivos o definir aspectos centrales en los que se ventilen ante la jurisdicción ordinaria, como sería la decisión de las excepciones propuestas por la persona demandada".

"7. Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna".

"No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. **Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores".**

"8. Las normas legales que regulan el arbitramento deben ser interpretadas a la luz de la Constitución. Contrariamente, la coadyuvante intenta explicar el alcance del artículo 116, inciso final, de la Constitución Política, a partir de la consideración que le merecen las normas legales que gobiernan la materia".

"En este sentido, las restricciones legales a la institución arbitral, apuntan a justificar la imposibilidad de que ella pueda convertirse en foro sustituto de la jurisdicción ordinaria".

"En verdad, la materia arbitrable sólo puede estar integrada por asuntos o cuestiones susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El ámbito de lo transable abarca los objetos - bienes, derechos y acciones - sobre los cuales existe capacidad de disposición y de renuncia. **La conciliación y el arbitraje presuponen una diferencia o disputa entre las partes o la posibilidad de que entre ellas surja una controversia.** El mismo concepto de parte que utiliza la Constitución se refiere a la **posición asimétrica o de confrontación en que se encuentran dos o más sujetos, derivable de un conflicto actual o potencial. Alrededor del título ejecutivo bien puede darse un debate sobre su existencia y validez, pero éste tiene una connotación distinta.** En primer término, con base en el título su beneficiario o tenedor solicita al juez se decrete y lleve a efecto su cumplimiento coactivo, **no la mera definición de un derecho, como quiera que en su favor obra la presunción de titularidad del respectivo derecho.** Si la contraparte opone excepciones, **su resolución positiva o negativa es puramente incidental** y, por tanto, se inscribe en un momento que todavía pertenece al curso de acción que ha de seguir el Estado cuando se propone aplicar la coacción y que consiste en determinar previamente si existen las condiciones de validez y de eficacia establecidas en la ley para seguir adelante con la ejecución. En todo caso, **dado que los factores de competencia se toman en cuenta en el momento de entablar la acción, desde la perspectiva del tenedor del título ejecutivo que se apresta a requerir la intervención de la jurisdicción, no existe diferencia ni controversia sobre la existencia y extensión de su derecho, sino necesidad de la intervención del Estado para procurar su cumplimiento**".

"La ausencia de poder coactivo de los árbitros, lo corrobora la disposición del D.2279 de 1989, que somete a la justicia ordinaria lo relativo a la ejecución del laudo, de conformidad con las reglas generales (Ibid, art. 40, párrafo). Si en verdad dispusieran de este poder los árbitros, la norma sobraría. Idéntica conclusión cabe extraer del inciso 2o del artículo 1o del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 96 de la ley 23 de 1989, que en punto al arbitramento sobre el contrato de arrendamiento, establece que "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria".

"Finalmente, tampoco tiene asidero constitucional el arbitraje circunscrito a la definición de las excepciones propuestas por la parte ejecutada. El proceso ejecutivo es inescindible y conserva ese carácter aún en la fase cognitiva que se debe recorrer a fin de resolver las excepciones presentadas contra el título. La definición de las excepciones es un momento en el trámite que ha de seguir el Estado antes de consumar la ejecución".... "De otro lado los arreglos extrajudiciales a que lleguen eventualmente las partes y que puedan conducir al desistimiento de la acción ejecutiva, no se califican como arbitramento ni desvirtúan la esencia de la jurisdicción".

"Adicionalmente, cabe anotar que los procesos ejecutivos se inician con base en un título que de conformidad con la ley, presta mérito ejecutivo, hipótesis que difiere del supuesto en el que es necesario resolver previamente sobre la existencia de un derecho, lo que ciertamente si corresponde a la competencia del Tribunal de Arbitramento". (La Sala resalta).

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha sostenido³⁴:

" Sin embargo, excepcional y transitoria e individualmente se permite que el Estado delegue su función en administrar justicia en particulares, como en los árbitros (Art. 116, inc. final. C. N.), de acuerdo con la ley y **precisamente la ley actualmente vigente continúa con el criterio tradicional de reserva por parte del estado del poder jurisdiccional de ejecución, debido a su esencia coercitiva y coactiva de las órdenes, y medios y medidas que en ella deben aplicarse; razón por la cual se excluye de la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje los asuntos de ejecución.** De allí que si bien se permite diferir a arbitraje las "controversias transigibles", como aquellos que requieren de una certeza jurídica mediante transacción o sentencia, también se haya dispuesto en el pasado inmediato que tales atribuciones "no impiden adelantar ente esta ("los jueces") proceso de ejecución "(parte final del último inciso de el art. 2011 del Código de Comercio). E igualmente se acoja implícitamente el mismo cuando, de una parte, aplicando la misma regla para el arbitraje del arrendamiento prescribe que, no obstante su competencia, "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria" (Art. 1º inciso 2º Decreto 2279 de 1989, en la redacción del art. 96 Ley 23 de 1991). Y ello, de otra parte, se reitera en el párrafo del Art. 40 del mismo decreto cuando expresa "De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a los reglas generales". Luego, es una jurisdicción coactiva para conocer de los procesos de ejecución reservadas a los jueces permanentes y, dentro de ellos, a los de la jurisdicción ordinaria civil (art. 16 num. I; 23, numeral I; 488 y s.s. del C. de P. C.), sin perjuicio de las excepciones pertinentes, como la competencia para jurisdicción coactiva administrativa (art. 268, num. 5º, C.N.), etc. **Entonces, si, conforme a la constitución y la ley los árbitros no pueden ejecutar coactiva o forzosamente sus propias decisiones recogidas en laudos, mucho menos pueden hacerlo respecto de otras decisiones judiciales, ni de decisiones o títulos creados por los particulares que requieran de poder o potestad coactiva. Pues esto es de tal entidad que su representación en la libertad (v. gr. mandamiento forzoso de pago) y en el patrimonio (v. gr. medidas de embargo y secuestro, orden de llevar a cabo la ejecución, remate, etc.) del ejecutado, requiere, a juicio de nuestro ordenamiento, de la intervención de los órganos jurisdiccionales permanentes del Estado.** De allí que si la ley no establece distinción dentro de su reserva estatal, para este tipo de conocimiento, se concluya que **de la competencia y jurisdicción arbitral, quedan excluidos todos los procesos ejecutivos** incluyendo

³⁴ Tutela del 23 de septiembre de 1994, Expediente 1566, M.P.: Pedro Lafont Pianetta.

los atinentes a las pólizas de seguros en los casos del art. 8° de la Ley 45 de 1990.

1.2.2.2.- Luego, si en un caso determinado la ley impone al Estado conocer por medio de jueces, determinados procesos, no pueden estos últimos sustraerse por ningún motivo a su conocimiento, a pesar de que exista cláusula compromisoria en contrario, pues esta sería ineficaz de pleno derecho conforme con el artículo 6° del C. de P. C. De allí que si, en contra de lo dicho, se adoptan decisiones en el sentido de sustraerse al ejercicio de la jurisdicción ejecutiva radicada exclusivamente en el Estado, no solo viola, como se dijo, el debido proceso sino que quebranta el derecho fundamental al acceso “debido” a la administración de justicia. Porque el Estado se sustrae a su “deber” exclusivo de administrar justicia en materia de proceso de ejecución, sin que para ello pueda aducirse que aún le queda la posibilidad de acceder a la justicia arbitral, pues, siendo un deber exclusivo del Estado su prestación no puede venir sino de este último, razón por la cual aquella **la jurisdicción ejecutiva a cargo de árbitros no sería lo que la Constitución y la ley ordena que debe prestarse en los ciudadanos.** Más aún, esa decisión que ordena que esa jurisdicción no sea prestada por el Estado sino por los árbitros, no solo impide que aquel cumpla con su deber sino que también arriesga a que estos últimos rechacen su conocimiento por falta de jurisdicción, dejando la ejecución sin juez que lo decida, **o que, por el contrario conozcan de ella contrariando el ordenamiento jurídico colombiano. Todo lo cual, a todas luces, constituye una actuación arbitraria que, por estar fuera del marco constitucional y legal pertinente, configura una vía de hecho, susceptible de amparo mediante tutela”** (Las negrillas son de la Sala).

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico sí ha contemplado la posibilidad de que el arbitramento proceda aún en el evento de procesos ejecutivos, como lo hizo el artículo 2° del Decreto 2551 de 1991, al disponer:

“ARTICULO 2o. En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviera representada por curador ad litem, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al Juez que aquéllas se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición.

La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. (...)” (Negrillas fuera del texto original).

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 2651 de 1991³⁵, manifestó³⁶:

“Límites que establece el inciso cuarto del artículo 116 en relación con la administración de justicia por los árbitros.

Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, **transitoriamente**. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

La segunda, ya insinuada, que **son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar**, en derecho o en conciencia.

Y una última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando **tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?**

De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. **Civiles** son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. **Naturales** las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el

³⁵ “**ARTICULO 2o.** En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviera representada por curador ad litem, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al Juez que aquéllas se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición.

La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. (...).”

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995. M.P.: Jorge Arango Mejía.

proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro.

A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad. De conformidad con este principio, dispone el artículo 15 del Código Civil:

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por "las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil.

Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1o. del decreto 2279 de 1989, establece: "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico". Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2o. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción". Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas".

En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.

Restricciones semejantes han sido prácticamente universales. Así, el artículo 806 del Código Italiano de Procedimiento Civil, de 1940, dispuso:

"Compromiso.- Las partes podrán hacer decidir por árbitros las controversias entre ellas surgidas, salvo las previstas en los artículos 429 y 459, las que se refieran a cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no puedan ser objeto de transacción". El artículo 429 de tal Código versa sobre las "controversias individuales de trabajo", y el 459, sobre "controversias en materia de previsión y asistencia obligatorias".

Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando sólo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva,

someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de árbitros?

Y, si sobre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que **los conflictos** a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución?

En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para **decidir conflictos** surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución.

A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Sin embargo, observa la Sala en relación con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, que la Ley 446 de 1998 no lo adoptó como legislación permanente (art. 162)³⁷, razón por la cual desapareció del ordenamiento jurídico nacional, a pesar de lo cual, son muchas las voces que con apoyo en esta disposición y aún en los términos del artículo 116 constitucional que consagra la existencia del arbitramento en nuestro país, han admitido la posibilidad de que el

³⁷ El Decreto 2651 de 1991, fue expedido en virtud de las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo transitorio 5º de la Constitución Política, literal e), para “Expedir normas *transitorias* para descongestionar los despachos judiciales” (La Sala resalta); dicho decreto, en sus artículos 1 y 62, determinó el carácter transitorio de sus disposiciones, al establecer que tendría vigencia sólo hasta el 10 de julio de 1995, aunque por razones de conveniencia fue prorrogado en dos ocasiones por el Congreso de la República, a través de la Ley 192 de 1995 y la Ley 284 de 1996, que extendió su vigencia hasta el 10 de julio de 1997; posteriormente, fue expedida la Ley 446 de 1998, de descongestión de despachos judiciales, respecto de la cual, en la exposición de motivos, se manifestó que “... *Con el objeto de impedir que las normas contenidas en este decreto desaparezcan del ordenamiento jurídico colombiano, el presente proyecto de ley tiene como su primer objetivo reemplazar la normatividad contenida en el Decreto 2651 de 1991 convirtiendo en permanentes algunas de sus previsiones e incorporando algunas nuevas que coadyuven a la obtención de la finalidad que animaba tal regulación*”. Gaceta de Congreso No. 621 del 24 de diciembre de 1996.

mismo opere inclusive frente a asuntos concernientes a cobro ejecutivo de obligaciones.

Así, a título ejemplo, la doctrina ha manifestado:

“(...) no existe norma alguna que prohíba pactar la cláusula compromisoria en contratos que presten mérito ejecutivo, puesto que las diferencias, que normalmente se ventilarían por medio de un proceso ejecutivo, resultantes de obligaciones de dar, hacer o no hacer, o de pagar una suma líquida de dinero, también son de competencia de un tribunal arbitral, pues al tenor de la ley, la jurisdicción arbitral se extiende a todas las diferencias. Y todas las diferencias no excluyen la obligación que tenga una de las partes de pagar una suma líquida de dinero o hacer o no hacer alguna cosa, a favor de la otra.

(...) hoy no es extraño ni ajeno a nuestra legislación que un tribunal arbitral conozca conflictos que ante la justicia ordinaria se ventilarían mediante un proceso ejecutivo, como lo dispuso expresamente el legislador en el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991.

(...) el único requisito para que se abra paso la justicia arbitral es que el asunto sea susceptible de transacción, lo que es evidente frente a cualquier conflicto que sea posible tramitar por la vía del proceso ejecutivo.

En otras palabras, si todo lo que se tramita por la vía del proceso ejecutivo es susceptible de transacción, entonces podrá también ser materia de competencia arbitral.

(...) no hay razón válida para sostener que los árbitros hoy día no podían conocer de ejecuciones, porque cuando en éste se proponen excepciones perentorias incuestionablemente varía la naturaleza jurídica del proceso y de ejecutivo pasa a tomar el carácter del proceso de cognición. Como afirmar Michel, con la oposición se instaura un proceso de cognición que se desarrolla según las normas ya vistas. El oponente adquiere la posición de actor y a él le incumbe la de la prueba de los hechos modificativos o extintivos del crédito (...).

En todo juicio ejecutivo hay, en efecto, dos procedimientos vinculados pero con individualidad propia: Un proceso de puro conocimiento y un proceso de ejecución. El primero tiene como objeto determinar si se reúnen las condiciones necesarias para la ejecución y decidir la controversia que se produce entre las partes con motivo de las excepciones que el ejecutado pone en requerimiento de pago naturaleza puramente jurisdiccional y no requiere para su realización ejercicio de los actos de imperio, cosa que sólo es necesaria en el segundo.

Nada se opone, en consecuencia, a que esa tarea sea efectuada por los compromisarios y que éstos le encomienden al tribunal ordinario competente el correspondiente proceso de ejecución que es lo único

que les está vedado conocer (AYLWIN AZOCAR, Patricio. *El Juicio Arbitral*, p. 428)".³⁸

Por su parte, la posición del Consejo de Estado sobre la procedencia o improcedencia de la actuación arbitral frente a procesos ejecutivos, no ha sido única, como se puede observar en los siguientes pronunciamientos:

“Para la Sala es perfectamente claro que de la anterior prescripción contractual no se deduce de ninguna manera que las partes contratantes hubieren atribuido a un tribunal de arbitramento, facultades para que eventualmente pudiera conocer sobre un proceso ejecutivo atinente al mismo contrato; allí se hace referencia a un mecanismo de solución de las controversias relativas a la ejecución de las obligaciones pactadas.

A juicio de esta Corporación, ello tampoco sería jurídicamente posible, toda vez que los tribunales de arbitramento son jueces excepcionales y temporales (cuya vigencia no podrá superar de un año), dispuestos por voluntad de las partes con el fin de resolver controversias que se originen con ocasión del convenio. Con sujeción a lo anterior, las partes limitaron los alcances del tribunal de arbitramento a dirimir cualquier diferencia que pueda presentarse entre ellas “por causa o con ocasión de la interpretación o ejecución del contrato”. Los árbitros como jueces excepcionales están investidos de autoridad temporal para decidir quien tendría la razón. Se trata del trámite y culminación de un clásico proceso de conocimiento.

Lo anterior conlleva a afirmar que en este caso concreto la acción ejecutiva instaurada por FOGAFIN no podría ser del conocimiento de un tribunal de arbitramento, que como se dijo antes solamente está destinado para declarar el derecho, por disponerlo así expresamente las partes”.³⁹

Posteriormente, sostuvo la Sala:

“Estos argumentos no son de recibo para la Sala, puesto que no es procedente adelantar un proceso arbitral para adelantar un cobro ejecutivo.

En efecto, la naturaleza misma del Arbitramento, impide que un Tribunal Arbitral conozca del proceso ejecutivo. Son varias las razones:

- El juez de la ejecución tiene poderes coactivos que no son propios de los árbitros. El arbitramento es una figura de conocimiento a la cual acuden las partes de una relación negocial para dirimir controversias de suyo intransigibles, por voluntad propia; con el fin de sustraer del

³⁸ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán; Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá, 2ª ed., 2002. pgs. 104 y sgtes.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de octubre de 1997. Expediente 13703. M.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

conocimiento de la jurisdicción (ordinaria o administrativa), los conflictos que entre ellas se presenten. Si la figura tiene como finalidad permitir que las partes sustraigan la solución de sus conflictos de la jurisdicción estatal, no se compadece con su naturaleza, que los árbitros asuman funciones propias de las autoridades que ejercen poderes coercitivos.

- Los terceros interesados o afectados por el proceso ejecutivo, en especial por las medidas cautelares (piénsese en quien se opone al embargo y secuestro), no suscriben la cláusula compromisoria y, por tanto, no tienen por qué someter sus litigios a la competencia de los árbitros. No hay que olvidar que éstos sólo tienen la calidad de jueces para el caso concreto, por disposición de la ley unida a la voluntad de las partes que suscribieron el pacto arbitral.

- Los árbitros no ejercen jurisdicción amplia, total y de manera permanente, no tienen superior jerárquico que revise sus decisiones con facultades para conocer del fondo del asunto litigioso, puesto que los recursos de anulación y revisión que se ejercen contra los laudos arbitrales, no permiten toda clase de decisiones jurídicas sobre las cuales se funda la decisión arbitral. Inclusive el juez de la anulación, tan solo de manera excepcional, tiene competencia para entrar a modificar el laudo, cuando se encuentra equivocada la decisión arbitral.

Esto implica que las partes y los terceros afectados se quedarían sin la posibilidad inmediata de que en instancia superior, se conozcan y decidan las objeciones que surjan respecto de las decisiones que se adopten por los árbitros en el proceso ejecutivo.

- Frente a un título ejecutivo, *del cual se deriva una obligación clara, expresa y exigible*, no hay controversia alguna respecto de la existencia o no de la prestación a cargo del deudor, que deba someterse al conocimiento de los árbitros. Por ello se habla de obligación indiscutida, como despegue del trámite de ejecución.

- Finalmente, el proceso ejecutivo termina de manera normal con el pago voluntario o compulsivo, situación que no puede enmarcarse en un término o plazo previamente establecido por la ley ni por las partes.

Se concluye entonces, que ésta sí es la jurisdicción competente ante la cual se puede adelantar el cobro ejecutivo de las obligaciones derivadas del contrato estatal suscrito entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, a pesar de que en el contrato estatal se hubiese pactado cláusula compromisoria.

Todo lo anterior lleva a la Sala a precisar que se separa de la orientación que, sobre el arbitramento y el proceso ejecutivo, ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia C 294 del 6 de julio de 1995, MP: Dr. Jorge Arango Mejía, que ha sido recogida en otros fallos de la misma corporación⁴⁰.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 10 de diciembre de 1998, Expediente 15407. Actor: Departamento de Casanare. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

En otra oportunidad, teniendo en cuenta lo que al respecto había manifestado la Corte Constitucional y admitiendo la posibilidad de que los árbitros tengan competencia para tramitar juicios ejecutivos, el Consejo de Estado manifestó:

“(…) cabe precisar que si bien es cierto que se ha reconocido la competencia de los árbitros para adelantar juicios ejecutivos⁴¹, también lo es que se ha condicionado su procedencia a que la cláusula compromisoria comprenda claramente esa voluntad de las partes.

Así lo precisó la Sala cuando al pronunciarse sobre los efectos de la cláusula compromisoria respecto de la aseguradora y en relación con los procesos ejecutivos, precisó:

“Si bien es cierto que la aseguradora ejecutada garantizó el cumplimiento del contrato de obras públicas suscrito entre el referido ente territorial y la Sociedad Pablo Alfonso Sánchez y Cia. Ltda., es un tercero a esta relación, y en consecuencia, no la obliga la cláusula compromisoria antes transcrita.

En gracia de discusión, si el pacto compromisorio tuviera efectos para el garante, las partes contratantes no confirieron en forma expresa y clara competencia al tribunal de arbitramento para conocer de los procesos ejecutivos y, menos aún, para el cobro coercitivo de la póliza única de cumplimiento.

De conformidad con el pacto compromisorio las controversias que surjan durante la ejecución del contrato, sometidas a la decisión de árbitros, son aquéllas que se produzcan en la realización del objeto contractual y no las que se originen por la instauración de procesos ejecutivos con ocasión del contrato.

En consecuencia, corresponde a esta jurisdicción conocer de este proceso. ⁴² (Se subraya)

En el caso concreto es improcedente la tramitación del proceso ejecutivo ante la justicia arbitral porque las partes no sometieron el adelantamiento del proceso ejecutivo de manera **expresa** al conocimiento de la justicia arbitral (...).⁴³

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, para la Sala es claro que, en principio, y en razón de la naturaleza misma del arbitraje y del origen que esta figura tuvo en la historia de las instituciones jurídicas y procesales⁴⁴ como medio al que acudían

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294/95 de junio 6 de 1995, Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional.

⁴² Auto proferido el 12 de agosto de 1999, expediente 16380.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2001, Expediente 15310, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁴ “El arbitraje, como medio de solución de conflictos surgidos entre dos o más personas, es, quizás, la primera institución jurídico-procedimental que surge. En efecto, en un primer momento de la humanidad, cuando el nivel de de reglamentación de las relaciones jurídicas interpersonales era prácticamente inexistente,

las partes involucradas en un conflicto para obtener la participación de un tercero imparcial que dirimiera tal desacuerdo -lo que condujo a que actualmente, ante la existencia de la justicia institucional como función eminentemente estatal, se convirtiera en mecanismo alternativo de **solución de conflictos-**, el mismo resulta ajeno al trámite de los procesos ejecutivos, en los cuales no hay conflicto o controversia que resolver, toda vez que su finalidad es el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en un título ejecutivo y que por lo tanto, no brindan dudas sobre su existencia y extensión, razón por la cual, el titular del derecho y acreedor de la obligación, acude al Estado, poseedor del poder coercitivo necesario para hacerla cumplir por el deudor, aún en contra de su voluntad y mediante la utilización legítima de la fuerza.

No obstante, la Constitución Política, al permitir la designación de árbitros por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, que serán por lo tanto investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (art. 116), no estableció limitación alguna y defirió a la ley los términos del ejercicio de la función judicial por estos particulares; en consecuencia, el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede establecer las condiciones en las que el arbitramento será posible dentro de nuestro sistema jurídico procesal.

Al respecto, observa la Sala que el legislador otorgó de manera expresa la facultad de acudir al arbitraje en ciertos procesos ejecutivos hipotecarios, al establecer, el artículo 88 de la Ley 510 del 3 de agosto de 1999⁴⁵, lo siguiente:

“ARTICULO 88. ARBITRO PARA CONTROVERSIAS HIPOTECARIAS. Cuando las partes convengan en someter las controversias a las que dé lugar la aplicación de las normas sobre contratos de crédito hipotecario y títulos de crédito hipotecario a una decisión arbitral, el árbitro será único y abogado, tomará todas sus decisiones en derecho, y decidirá en un plazo improrrogable de cinco (5) meses que podrá extenderse otros tres (3) si fuere preciso hacer el remate y venta de los bienes.

la ausencia de los tribunales como parte del Estado encargado de juzgar y ejecutar lo juzgado en base a un derecho positivo elaborado técnicamente, hacía que, en caso de conflicto, se acudiera a una persona en la que los litigantes tenían depositada su confianza”. ROCA AYMAR, José Luís; op. cit., pg. 66.

⁴⁵ Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Publicada en el Diario Oficial No. 43.654 del 4 de agosto de 1999.

Podrá haber lugar a la designación de árbitros plurales cuando las controversias que hayan de resolverse no sean típicas; son "típicas" las que se suscitan entre los establecimientos de crédito y sus deudores para asuntos que se refieren a un solo contrato.

Las normas que esta ley contiene sobre arbitramento podrán aplicarse también a otros contratos de crédito, con garantía de hipotecas, aunque no reúnan las condiciones de los "contratos de crédito hipotecario" que tipifique el gobierno con las facultades que esta Ley le concede, y que celebren las corporaciones de ahorro y vivienda".

Y en los artículos siguientes, esta ley reguló lo concerniente a la designación del árbitro único, sus honorarios, el procedimiento arbitral, remuneración de los centros de arbitraje, conciliación dentro de los procesos arbitrales y la ejecución del laudo arbitral, etc.; específicamente sobre el procedimiento arbitral, el artículo 91 disponía:

ARTICULO 91.- PROCEDIMIENTO ARBITRAL. El Gobierno Nacional deberá fijar las reglas de procedimiento a las que deberán someterse los arbitramentos a los que se refiere este capítulo. Esas reglas deben garantizar, en todo caso, 'el debido proceso' y, en particular, el derecho del demandado a la defensa, por un abogado escogido por él, o señalado de oficio por el árbitro; el derecho de ambas partes a que no haya dilaciones injustificadas; el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, y a impugnar la sentencia condenatoria. En todo caso, los asuntos no reglamentados por el Gobierno Nacional se regirán por las disposiciones aplicables al procedimiento arbitral.

Los centros de arbitraje podrán cobrar una remuneración por el mantenimiento de listas de árbitros y por su designación, y por la aprobación de reglamentos de arbitraje, según tarifas que deben ser públicas siempre. Pero el hecho de que se les solicite tal designación, o la aprobación de reglamentos arbitrales, no les dará derecho a exigir que se les pague por cualquier otro tipo de servicios relacionados con el trámite de los procesos, a menos que las partes quieran utilizarlos.

Podrán realizarse audiencias no presenciales, siempre que se dejen registros magnetofónicos o electrónicos de las mismas.

Mientras se tramitan los procesos arbitrales a que se refieren los artículos precedentes, **los demás procesos judiciales en los que se persiga el bien hipotecado serán suspendidos a partir de la providencia en la que el juez resuelva sobre medidas cautelares**, pero el acreedor en el proceso arbitral no podrá ser obligado a ser parte en ellos sino en la oportunidad que adelante se describe. **Si el juez decretó medidas cautelares, éstas no podrán hacerse efectivas mientras no se produzca el remate**

del bien hipotecado en el proceso arbitral, momento en el cual se reanudarán los procesos suspendidos de acuerdo con las reglas comunes de competencia y procedimiento, y en ellos serán partes también quienes lo fueron en el proceso arbitral. Quienes hayan sido pagados en el proceso arbitral, deben acatar lo que en los procesos que se reanuden se decida acerca de si alguien tiene mejor derecho a los bienes recibidos, en función de los privilegios legales que en los procesos reanudados se invoquen.

Los procesos arbitrales podrán acumularse.

Los árbitros tendrán las mismas facultades que la ley concede a los jueces, inclusive la de comisionar o requerir a las autoridades competentes para todos los propósitos y en todos los casos en que los jueces hubieren tenido esta facultad".⁴⁶ (Las negrillas son de la Sala).

El inciso 1º de la anterior norma –subrayado-, fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-384 del 5 de abril de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, por considerar la Corte Constitucional, que se le estaba otorgando al Presidente de la República una función que es típicamente legislativa, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 29 de la Carta: fijación de las reglas de procedimiento; sostuvo entonces la Corte, que *"En efecto, las reglas de procedimiento a las que se someten los árbitros son aquellas a las cuales se sujeta esta excepcional forma de administrar justicia, es decir de juzgar, y el artículo 29 en mención es claro al indicar que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes". Así las cosas, solo mediante ley pueden establecerse las normas que rigen las ritualidades de los juicios, incluyendo los que adelanta la justicia arbitral"*.

En esta sentencia, dijo además la Corte, refiriéndose concretamente a la posibilidad de tramitación de procesos ejecutivos por jueces arbitrales:

¹⁴⁶ "Posteriormente, mediante la Ley 546 de 1999, se expidieron normas adicionales referentes al evento en el que las entidades financieras que otorguen créditos para la construcción o adquisición de vivienda pacten con los deudores de dichos créditos cláusulas compromisorias o compromisos. Estas normas indican que tal pacto debe constar por escrito, que el tribunal respectivo decidirá en derecho, que el proceso se adelantará conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil para los procesos de ejecución con título hipotecario, y que los árbitros tendrán las mismas facultades reconocidas a los jueces en tales procesos. Respecto de las decisiones que se adopten, sólo cabrán los recursos que según las normas legales proceden dentro del proceso arbitral. Regulan también lo concerniente a las medidas cautelares y a la ejecución de la sentencia y a las facultades de los árbitros al respecto.

Finalmente, el artículo 35 de la Ley 546 de 1999 indica que '(e)n lo no previsto..., los tribunales de arbitramento se regirán por las disposiciones vigentes en materia de arbitramento, y en particular por las contenidas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, la Ley 510 de 1999 y las demás que en el futuro las adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan'." (Sentencia C-384, citada a continuación).

“Una última cuestión llama la atención de la Corporación y es la referente a la posibilidad de resolver por el procedimiento arbitral conflictos concernientes a créditos que van a cobrarse ejecutivamente, incluyendo los que estén garantizados con título hipotecario. Al respecto, la Corte encuentra que ya este asunto ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional que al respecto ha indicado lo siguiente:

"Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución. Corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución."

Siendo entonces que esta Corte ha decidido que no quebranta la Constitución el que el legislador autorice el arbitramento respecto de obligaciones exigibles ejecutivamente, sin establecer distinciones respecto de la clase de título ejecutivo que se pretende cobrar, resulta claro que a través de la justicia arbitral puede adelantarse cualquier cobro ejecutivo, incluido el que tiene garantía hipotecaria, pues el artículo 116 de la Constitución no introduce al respecto una limitante expresa.”

Se observa entonces, que el Congreso de la República, dentro de la libertad de configuración legislativa que la Constitución le otorga, bien puede establecer, como de hecho lo hizo en este caso específico, la posibilidad de que sea la justicia arbitral la que tramite procesos ejecutivos, estableciendo así mismo las normas procedimentales pertinentes para el trámite de tales procesos, tal y como lo admite la doctrina nacional:

“(…) al haber dictado esta ley una serie de preceptos relacionados con el arbitraje –por ejemplo, la facultad para adelantar medidas ejecutivas, incluido el remate, dictar ‘laudos ejecutivos’ parciales o decretar cualquier medida cautelar (art. 93)- corrobora lo que en esta obra se sostiene de que el árbitro no puede actuar en el proceso con la misma amplitud con que lo hace el juez ordinario, a menos que exista norma expresa que lo autorice”⁴⁷.

Sentencia C- 294 de 1995, M.P Jorge Arango Mejía

⁴⁷ BENETTI SALGAR, Julio; El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Editorial Temis, 2ª ed., 2001. Pg. 95.

De acuerdo con lo expuesto, aún en el evento de considerar procedente, como de hecho lo hizo la jurisprudencia constitucional, la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos, resulta evidente que ello sólo es posible en la medida en que el legislador, de manera expresa, así lo haya autorizado y regulado, para determinados eventos en los que lo considere pertinente y procedente y además, que las partes hayan acordado tal posibilidad en el respectivo pacto arbitral.

Es decir que, así se admita la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento para tramitar procesos ejecutivos, surgen dos obstáculos que deben ser superados para que aquellos puedan actuar válidamente en tal clase de procesos:

1) De un lado, es necesario que el legislador autorice y establezca el procedimiento a seguir por parte de los árbitros, cuando se trate de cobros ejecutivos, puesto que el procedimiento que actualmente existe, corresponde a un proceso de conocimiento, declarativo y de condena, que obviamente no resulta adecuado para aquella finalidad.

2) De otro lado, es necesario que las partes expresamente hayan acordado en el pacto arbitral la posibilidad de someter al conocimiento de árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en títulos ejecutivos –en este caso, derivados de contratos estatales-, es decir, que de manera expresa y concreta incluyan en la cláusula compromisoria o en el compromiso, el acuerdo de tramitar los procesos ejecutivos que se puedan suscitar entre ellas, ante tribunales de arbitramento y no ante la justicia ordinaria.

El caso concreto.

Descendiendo nuevamente al caso objeto de la presente litis, observa la Sala que, en materia de contratación estatal, no existe norma legal alguna que autorice la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos derivados de contratos de la Administración, los cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; como tampoco se ha regulado por parte del legislador, como mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para los derivados de los contratos estatales, proceso arbitral distinto al

consagrado en el Decreto Ley 2279 de 1989, el cual corresponde a un proceso de conocimiento tendiente a la definición de controversias mediante la expedición de un laudo arbitral que decida sobre las pretensiones y defina el derecho en cuestión; no sobra observar, además, cómo el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, define el arbitraje como “... *un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral (...)*”, definición en la que resalta precisamente, el hecho de que debe existir una **controversia**, sobre la cual puedan transigir las partes, circunstancia que, en principio, no se presenta en una demanda ejecutiva.

Esta sola circunstancia, a juicio de la Sala, permite arribar a la conclusión de que los árbitros se pronunciaron sobre un asunto que no estaba sujeto a su decisión, pues asumieron la competencia para conocer del mismo, frente a una demanda ejecutiva en la que se les pidió que profirieran un mandamiento de pago en contra de la entidad estatal convocada.

En efecto, la parte convocante no pretendía que se declarara la existencia de derecho alguno a su favor ni que se profirieran condenas en contra de la parte convocada, precisamente porque el derecho que pretendió ejercer ya constaba en los documentos que aportó como título ejecutivo y su única finalidad, era lograr el cobro coactivo de la obligación contenida en éste; de tal manera que el tribunal de arbitramento ha debido declararse incompetente para conocer del asunto sometido a su decisión, toda vez que, como él mismo lo reconoció, carecía del poder coercitivo necesario para proferir el mandamiento de pago solicitado por la convocante.

La falta de competencia de los árbitros se deriva entonces, del desbordamiento en que incurrieron respecto del marco de su actuación, determinado este último no sólo por el régimen legal que regula el arbitramento, sino por los límites impuestos por las partes en la cláusula compromisoria y por la misma convocante, al presentar su demanda; y como ya se explicó en otro aparte de esta providencia, ese desbordamiento, manifestado en la expedición de un fallo *extra petita*, configura una violación del principio de congruencia, que debe ser respetado por todo juez en sus providencias y a cuya protección apunta la causal 7ª del artículo 8º del Decreto Ley 2279 de 1989, invocada en el recurso de anulación que ahora se decide.

No es de recibo, por lo tanto, que los árbitros pretendan “interpretar” la demanda de convocatoria del tribunal de arbitramento, variándola de tal manera, que se acomode a la real competencia que ellos ostentan para resolver las controversias que en esa precisa relación comercial puedan surgir entre las partes; resulta totalmente irregular la actuación del tribunal de arbitramento de pretender cambiar las pretensiones del demandante, so pretexto de proceder a su interpretación, reemplazando su voluntad y querer al acudir al juez del contrato y tramitando un proceso de conocimiento que no fue pedido y que además no se requería, resultaba inocuo e inútil, frente a la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un documento proveniente del deudor, obligación que por lo tanto, no era necesario establecer nuevamente, aparte de que esto implicaba desconocer la fuerza normativa que ostentaban las actas de liquidación bilateral de los contratos suscritas por las partes y presentadas como título ejecutivo, respecto de las cuales, ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala que se trata de acuerdos de voluntad que sólo pueden ser invalidados si se alega y comprueba un vicio del consentimiento que los afecte.

Por si lo anterior fuera poco, se observa que en la cláusula compromisoria suscrita por las partes, ellas no acordaron someter a la decisión de los árbitros las controversias que se pudieran suscitar con ocasión del cobro ejecutivo de las obligaciones derivadas del contrato estatal celebrado, como se puede constatar de su sola lectura:

“VIGÉSIMA OCTAVA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA. Para efectos de dirimir las diferencias que puedan surgir en relación con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato de aseguramiento, las partes acuerdan someter la decisión a la Jurisdicción arbitral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993”.

Un argumento más que refuerza la conclusión de que los árbitros al decidir el asunto *sub lite*, obraron sin tener competencia, advirtiéndose que para ellos, resultó ser más importante el trámite mismo del proceso arbitral solicitado en la convocatoria, que atender el verdadero querer del demandante, es decir que se tramitó el proceso a toda costa, aún implicando el sacrificio de las reales pretensiones de la parte convocante; el Tribunal de Arbitramento dejó de lado y no le mereció comentario alguno el hecho de que la sociedad Asmet Salud hubiera acudido en primer lugar ante la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda ejecutiva ante el Tribunal Administrativo de Nariño y que éste –en

forma equivocada, por demás-, le hubiera rechazado la demanda por falta de jurisdicción, hecho que sin lugar a dudas, la indujo a intentarlo ante un tribunal de arbitramento, no porque sus pretensiones hayan variado sino porque el juez natural del contrato le indicó esta vía procesal como la procedente para la tramitación del cobro ejecutivo que buscaba efectuar.

En estas condiciones, lo que realmente se configuró fue una verdadera denegación de justicia, puesto que, a pesar de contar con un título ejecutivo que le permitía obtener el pago coactivo de la obligación en él contenida, Asmet Salud no pudo obtener el necesario mandamiento de pago, en virtud de la decisión de los árbitros de tramitar el proceso arbitral, para estudiar, sin que así se hubiera pedido en la demanda, la existencia o inexistencia de la obligación, sobre la cual, en principio, había certeza por mediar un título ejecutivo y cuyo cobro era lo que se pretendía.

En relación a la falta de competencia de los árbitros como evento de incongruencia que configura a su vez la causal enlistada en el numeral 7 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (coincidente con el anterior numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), ha dicho la Sala:

“LA Sala en este punto volverá sobre lo definido en oportunidades anteriores, referente a que la falta de competencia, la cual aunque *procesalmente*, constituye hecho constitutivo de nulidad insaneable, *materialmente* y en cuanto a recurso de anulación encuadra en la causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, que dice: “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*”

(...)

Corolario de lo anterior, la falta de competencia alegada por el recurrente sólo es viable estudiarla, como en efecto se hizo, cuando se invoca como fundamento de la causal de haber decidido puntos no sujetos a Arbitramento.⁴⁸.

“...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

⁴⁸ Sentencia del 27 de mayo de 2004, Expediente 25156, M.P.: María Elena Giraldo Gómez.

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 subrayas no son del texto original).⁴⁹

La anterior postura fue reiterada recientemente, entre otras⁵⁰, en sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34.912, en la que se 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."

De acuerdo con lo expuesto, no queda duda entonces, sobre la configuración de la causal de anulación consistente en haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

IV- Conclusión:

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala estima que en el presente caso, se configuró la causal de anulación aducida en el recurso interpuesto por la convocante, razón por la cual hay lugar a declarar la nulidad del laudo arbitral impugnado.

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

FALLA:

PRIMERO: Declárase fundado el recurso de anulación interpuesto por la

⁴⁹ Sentencia del 4 de julio de 2002, Expediente 21.217.

⁵⁰ Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; Expediente 34.193.

ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS en contra del Laudo Arbitral proferido el 14 de noviembre de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre ella y el Municipio de El Charco con ocasión de los Contratos A 048, O 050, D 050, D 051 y D 052 -y sus otrosí-, cuyo objeto fue la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud, entre los años 2004 y 2006, por el cargo correspondiente al numeral 8º del artículo 38 del Decreto Ley 2279 de 1989, por “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, ANÚLASE el LAUDO ARBITRAL proferido el 14 de noviembre de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la **ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS** y el Municipio de El Charco.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO A TRAVÉS DE SU SECRETARÍA

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR