

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación / CAUSAL DE ANULACION - Causal octava / CAUSAL OCTAVA - Configuración / CAUSAL OCTAVA - Justificación en virtud del principio de congruencia. Reiteración jurisprudencial

En relación con la única causal invocada por el recurrente –Decreto 1818 de 1998, artículo 163 “Son causales de anulación del laudo las siguientes: 8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”–, la Sala ha indicado que se configura en aquellos casos en los que el laudo arbitral decide asuntos que no se encontraban comprendidos dentro del ámbito restringido por el pacto arbitral y, por lo tanto, excedían la competencia de los árbitros. Han sido múltiples los pronunciamientos de la Sección Tercera acerca de los aspectos que caracterizan la causal comentada, a través de los cuales se indica que la sanción de nulidad se justifica en protección del principio de congruencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

NOTA DE RELATORIA: En relación con el principio de congruencia en el trámite arbitral, consultar sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente número 5326, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández

RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación / CAUSAL DE ANULACION - Causal octava / CAUSAL OCTAVA - Aspectos / CAUSAL OCTAVA - Fallo extra petita

El fenómeno jurídico procesal que hasta el momento se ha señalado corresponde al de los fallos extra petita, el cual fue invocado en el caso concreto, pero dentro de la causal referida también tienen espacio otros supuestos de anulación del laudo arbitral: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea ultra petita; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

NOTA DE RELATORIA: En relación con los aspectos contenidos en la causal octava del Decreto 1818 de 1998, artículo 163, consultar sentencia de 8 de junio de 2006, expediente número 32398, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa; en el mismo sentido: sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 33669, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa; sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente número 33645, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa; sentencia de 21 de mayo de 2008, expediente número 33643, Consejera Ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 28 de enero de 2009, expediente número 35262, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero; sentencia de 10 de junio de 2009, expediente número 35288, Consejera Ponente doctora Ruth Stella -

PRINCIPIO DE AUTONOMIA CONTRACTUAL - Naturaleza jurídica / PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS - Naturaleza jurídica

El principio de la autonomía contractual, reconocido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano –“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los

contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”—, impone al juez la interpretación del contrato o de la declaración conjunta posterior, de acuerdo con la común intención de las partes exteriorizada, la cual corresponderá, por encima del sentido estrictamente gramatical de la expresión, a la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, tal y como lo ordena el artículo 1618 del Código Civil colombiano —“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a que lo literal de las palabras”— y como lo ha manifestado ampliamente la jurisprudencia de la Sección. En tal sentido, el contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618

NOTA DE RELATORIA: En relación con el principio de interpretación de los contratos consultar sentencia de 15 de febrero de 1991, expediente número 5973, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 4 de junio de 1993, expediente número 7215, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez; sentencia de 11 de mayo de 1999, expediente número 10196, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque

PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONTRACTUAL - Cláusulas del contrato / CLAUSULAS DEL CONTRATO - Interpretación / CLAUSULAS DEL CONTRATO - Se deben interpretar unas con otras

Para la Sala es claro que una interpretación que pretende encontrar la común intención de los contratantes debe apreciar con detenimiento, de manera sistemática y coherente, todas las palabras que conforman una cláusula y todas las cláusulas que conforman un contrato para obtener el significado jurídicamente relevante, de acuerdo con lo prescrito por el criterio correspondiente, comprendido en el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil —“[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”—, el cual fue explicado por la jurisprudencia de la Sala (...) Así, es claro que la afirmación de que se renuncia a “ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005”, no puede ser entendida válidamente, de conformidad con las normas de hermenéutica contractual, como una modificación a la cláusula compromisoria, puesto que la intención evidente de los contratantes al incorporar esa cláusula dentro del otrosí n.º 1 era renunciar al ejercicio de las acciones otorgadas por la ley frente a esa deuda, como la denominación misma de la cláusula lo indica: “DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES”, y no la de modificar la cláusula compromisoria, a la cual, por lo demás, no se hace referencia alguna dentro del otrosí mencionado. Con la finalidad de interpretar debidamente las cláusulas décima tercera del contrato y décima del otrosí n.º 1, referidas al pacto arbitral y a su modificación, es indispensable conocer aquellos textos que dieron lugar a la extensión de tales cláusulas o que las acompañaron, así como también, por supuesto, el contexto respectivo, lo que demanda analizar documentos y situaciones que van más allá de las cláusulas mencionadas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1622

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema interpretación de las cláusulas contractuales, consultar sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente número 16100, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra.

CLAUSULAS CONTRACTUALES - Interpretación sistemática / PACTO ARBITRAL - No fue modificado

Así, no solo desde el punto de vista de la interpretación sistemática y coherente de las diferentes palabras que conforman la cláusula décima del otrosí n.º 1 se llega a la conclusión de que el cometido de los contratantes no era modificar el pacto arbitral, sino también con base en la misma hermenéutica de la cláusula en función del contenido del otrosí n.º 1, puesto que la Sala observa que este último está dirigido a modificar las obligaciones de la entidad territorial respecto de su obligación de transferencia o pago de recursos a la Triple A, por concepto de los subsidios y a acordar expresamente que la deuda correspondiente por las vigencias 2002, 2003, 2004 y 2005 asciende a “un valor a pesos corrientes actualizado de VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$22.993'649.000.00)”. Es decir, la renuncia al ejercicio de las acciones legales comprendida en la “CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES” tiene como propósito que el convenio logrado para el reconocimiento de esta suma no sea posteriormente modificado, de suerte que sustancialmente las partes tuvieron como propósito la renuncia a las acciones, pero nunca la modificación del pacto arbitral. También en aplicación del canon de interpretación sistemática, especialmente el inciso segundo del artículo 1622 del Código Civil –“[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por la de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia (subrayado fuera de texto)”, la expresión gramatical analizada, la cláusula décima que la incorpora y el otrosí n.º 1, deben entenderse en función de los convenios celebrados por las partes con anterioridad.

MODIFICACION DEL PACTO ARBITRAL - No se configuró

El propósito conjunto de las partes era desistir de las acciones judiciales eventuales y presentes, que de manera clara en la cláusula décima del otrosí n.º 1 se precisó que los contratantes “se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esta misma causa”, cuestión que correspondía a las demandas ejecutivas que había iniciado Triple A en contra del Distrito para lograr el pago de sus acreencias (...) la intención de las partes era acordar una cuestión de fondo frente a la renuncia al ejercicio de unos derechos y no una cuestión de forma frente a la utilización de un instrumento o una herramienta para la solución alternativa de conflictos, como es el arbitramento, y por ese motivo se debe descartar la interpretación sugerida por el recurrente, la cual aparece como unilateral, de último momento y ajena al propósito de originó la cláusula.

DERECHO CIVIL - Principios / PRINCIPIO DEL DERECHO CIVIL - Lo accesorio sigue a lo principal

La Sala no comparte la afirmación del recurrente y solo en gracia de discusión, para seguir su argumento, ha de considerarse un principio del derecho civil, consistente en que lo accesorio sigue a lo principal, el cual planteado de otra

forma significa que lo principal da lugar, condiciona, caracteriza o naturaliza a lo accesorio. En el caso concreto lo perseguido por las partes era la renuncia a las acciones como objeto principal y lo accesorio era el ámbito dentro del cual se podían desenvolver las reclamaciones “judicial, extrajudicial o arbitral”, razón por la cual desde un punto de vista lógico y jurídico solo se podría satisfacer la interpretación del recurrente de que no era posible iniciar una “acción arbitral” si la renuncia al ejercicio de las acciones hubiera sido válida, puesto que la renuncia y la “acción arbitral” estaban íntimamente ligadas, en cuanto a que la referencia puramente adjetiva a lo “arbitral” tenía relevancia sí y solo sí la tenía la renuncia o desistimiento al ejercicio de las acciones.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Modificación del pacto arbitral / MODIFICACION DEL PACTO ARBITRAL - Debe constar de forma expresa, debe ser una declaración inequívoca y concreta. Reiteración jurisprudencial / CLAUSULAS COPROMISORIAS O COMPROMISOS - Pactos solemnes. Deben constar por escrito / MODIFICACION DEL PACTO ARBITRAL - Inexistencia / CAUSAL DE ANULACION - Causal octava. No se configuró / FALLO EXTRA PETITA - Inexistencia

Frente a la hipótesis de que las partes hubieran querido modificar la cláusula arbitral, la Sala considera que una modificación válida del pacto arbitral en el caso concreto no puede consistir en una expresión que solo tangencialmente trata el asunto, sino que habría debido comprender una declaración inequívoca y concreta, central dentro del texto, que posibilitara interpretar, con base en los elementos textuales y extra textuales respectivos, que la común intención de las partes era cambiar el contenido del pacto arbitral. Trátense de cláusulas compromisorias o compromisos, estos pactos son solemnes y deben constar por escrito, más aun cuando quiera que ellos se incorporen dentro de un contrato estatal. (...) las modificaciones a un pacto arbitral exigen un nivel de concreción y claridad equivalente al que tuvo el texto del pacto arbitral mismo. En efecto, se debe recordar que el pacto arbitral comprende una materia de la mayor trascendencia como es la asignación de la función de administrar justicia a particulares, de acuerdo con mandatos constitucionales y legales, quienes constituyen un tribunal diferente a los de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa y, por tal motivo, se configura una renuncia a las vías corrientes de administración de justicia. Así, para efectos de constituir una cláusula compromisoria o un compromiso se exige que el texto correspondiente sea completo y coherente, cuestión que también se ha de exigir para que la modificación del pacto sea válida. Finalmente, la Sala concluye: (i) que las partes no tenían la intención de modificar la “CLAUSULA DECIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA” a través de la “CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES” del Otrosí n° 1; (ii) que no hubo modificación alguna al pacto arbitral; (iii) que una interpretación diferente significaría desatender la común intención demostrada de las partes y privilegiar el significado gramatical ajeno al texto, al contexto y a los mandatos legales; (iv) que el laudo, en consecuencia, se ocupó de temas que estaban sujetos a la competencia de los árbitros y (v) que no se configura la causal de anulación invocada por el recurrente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 2 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 2A / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 2A. PARAGRAFO / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exigencia de que conste por escrito el pacto arbitral, por ser la solemnidad que exige la ley para el perfeccionamiento de los contratos estatales, consultar sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente número 36537, Consejero Ponente (E) doctor Mauricio Fajardo Gómez. Las modificaciones a un pacto arbitral exigen un nivel de concreción y claridad equivalente al que tuvo el texto del pacto arbitral mismo, en este sentido consultar sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 15596, Consejero Ponente (E) doctor Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00024-00(38619)

Actor: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Demandado: SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de anulación interpuesto por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A, en contra el laudo arbitral proferido el 24 de marzo de 2010 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con la eficacia y validez de algunas de las cláusulas incorporadas en los otrosí modificatorios de un contrato celebrado entre Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario y la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

1. Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario, previa autorización conferida por su concejo distrital, celebró con la Sociedad de Acueducto,

Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A, el 18 de febrero de 2002, un contrato en virtud del cual la entidad territorial se obligaba a transferir a la empresa de servicios públicos los recursos destinados a cubrir los subsidios que la Ley 142 de 1994 otorga a los usuarios de estratos sociales 1, 2 y 3. Posteriormente, a través de un otrosí del 2006 y de otro del 2007 se modificaron las obligaciones y derechos de las partes sin que el consejo distrital hubiera concedido autorización concreta al alcalde para ello, razón por la cual en el año 2008 el distrito convocó a un Tribunal de Arbitramento para que se declarara la nulidad de algunas de las cláusulas contenidas dentro de los mencionados documentos, cuestión que se logró mediante el laudo proferido el 24 de marzo de 2010.

II. Lo que se pretende

2. La Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A, interpuso el recurso de anulación *“contra el laudo arbitral del 24 de marzo de 2010 y de su auto complementario del 14 de abril de 2010”*, (folio 589, cuaderno del recurso) con fundamento en la causal comprendida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es: *“Son causales de anulación del laudo las siguientes: 8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”* –párrafo 7–.

III. Trámite

3. El 13 de noviembre de 2008, Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario, mediante apoderado judicial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla que convocara a un Tribunal de Arbitramento para que decidiera en derecho.

3.1. A título de pretensiones formuló las siguientes:

1. Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí n°. 1 al contrato de 18 de febrero de 2002 suscrito entre EL DISTRITO y TRIPLE A.

2. Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula primera del Otrosí n°. 2 al contrato de 18 de febrero de 2002, suscrito entre EL DISTRITO y TRIPLE A.

3. Que consecuentemente se declare que EL DISTRITO no está obligado a cumplir ninguna obligación que exceda los términos del contrato de 18 de febrero de 2002, tal y como fue autorizado por el Consejo Distrital mediante Acuerdo 013 de 2001, y entre ellas, las obligaciones derivadas de las cláusulas cuya nulidad se declare.

4. Que se declare la invalidez jurídica y/o la ineficacia y/o la nulidad de la Cláusula Décima del Otrosí n° 1 al Contrato de fecha 18 de febrero de 2002, celebrado entre EL DISTRITO y TRIPLE A, cuyo texto reza:

Cláusula Décima. Desistimiento de Acciones Judiciales: Las partes convienen que a partir de la suscripción del presente otrosí renuncian a ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005 e igualmente se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esa misma causa.”

5. Que se condene en costas y agencias en derecho a TRIPLE A.

3.2. Argumentó para la prosperidad de sus pretensiones que: **(i)** “[E]l Alcalde Distrital era absolutamente incapaz para suscribir las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí n.º 1 y la cláusula primera del Otrosí n.º 2 al Contrato de 18 de febrero de 2002”, puesto que tales disposiciones contractuales modificaban lo que originariamente se había acordado respecto de “los recursos que serían destinados al pago del déficit entre los aportes solidarios y los subsidios”, sin que hubiera autorización alguna del Concejo Distrital para proceder en tal sentido, es decir, el alcalde usurpó las competencias del Concejo Distrital al disponer de las rentas y gastos de la entidad, incluso para vigencias fiscales futuras, y vulneró los artículos 313, numeral 5, y 345 de la Constitución Política, el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 12 de la Ley 819 de 2003; **(ii)** “[L]a cláusula décima del Otrosí es ineficaz y/o inválida y/o nula por sustracción de materia y por ser contraria al orden público”, dado que comprende una renuncia anticipada al ejercicio de acciones judiciales abiertamente contraria a la Constitución y a la ley porque una entidad estatal no puede actuar en tal sentido –“ni siquiera puede allanarse a la demanda o confesar”–. Además esta cláusula es inválida porque la renuncia referida se predica de derechos establecidos en una disposición nula –en tanto que fue acordada sin autorización del Concejo Distrital– y por tratarse de una cláusula abusiva –redactada por parte de la Triple A “en forma incomprensible”– (folios 1–17, cuaderno principal 1).

4. La Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P., contestó la demanda arbitral, por medio de apoderado judicial, con base en los siguientes argumentos: **(i)** El objeto del litigio del Tribunal de Arbitramento “*debe coincidir plenamente con la habilitación hecha por las partes mediante la versión del contrato arbitral que esté vigente al momento de ser entrabado el litigio arbitral*”, de conformidad con el principio de voluntariedad reconocido legalmente; **(ii)** el Tribunal de Arbitramento no tiene competencia para “*conocer y decidir cualquier litigio relativo a la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, generada durante las vigencias fiscales 2002 a 2005*”, porque la cláusula décima del Otrosí n.º 1 señala expresamente que las partes renuncian “*a ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral*” que tenga como propósito el objeto señalado. Presentó a título de excepciones, frente a las pretensiones 1, 2 y 3 las que denominó: “*(i) Excepción de origen legal de las obligación de cubrir el déficit. (ii) Excepción de interpretación errada del contrato, de los otrosíes Nos. 1 y 2 de la relación de estos con el Acuerdo 012 de 2001. (iii) Excepción de interpretación errada sobre el alcance de las funciones del Concejo Distrital en relación con este tema. (iv) Cumplimiento de TRIPLE A e incumplimiento del Distrito*” (folios 132–155, cuaderno principal 1).

5. La Procuradora Judicial ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio del concepto correspondiente, precisó: **(i)** en relación con la cláusula incorporada en el Otrosí n.º 1, a través de la cual las partes contratantes renunciaban a las acciones, que resulta ineficaz “*por cuanto las normas de orden público no permiten siquiera que las entidades públicas se allanen a la demanda (Art. 94 CPC), mucho menos que renuncie a ejercer su defensa, (arts. 1502 a 1504 del CC) (sic), ya que no se trataba de una transacción u otra forma de terminación del conflicto, sino de una adición al contrato de febrero 18 de 2002, lo que constituye verdadera fuente de obligaciones*”; **(ii)** con respecto a la necesidad de que se contara con una autorización para la celebración de los otrosí n.º 1 y n.º 2, indicó que “*el alcalde de Barranquilla no tenía la competencia para aumentar ni aplicar nuevas fuentes y porcentajes de los recursos asignados por el acuerdo 013 de 2001 y el contrato original, porque tal facultad debía ser autorizada previamente por el Concejo Distrital, lo que hace estos acuerdos inanes ante la ley*” (folios 393–399, cuaderno principal 2).

6. El Tribunal de Arbitramento profirió el laudo correspondiente el día 24 de marzo de 2010, a través del cual se pronunció sobre las pretensiones de la demanda en

el siguiente sentido: **(i)** En relación con la primera pretensión, el Tribunal “considera que es evidente que el Otrosí No. 1, en cuanto a las cláusulas primera, segunda y sexta, constituye un acuerdo que requería la previa y expresa autorización del Concejo Distrital por cuanto contiene obligaciones distintas de las inicialmente previstas y autorizadas en el Acuerdo 013 de 2001 y referidas a temas que son competencia del Concejo ... No habiéndose acreditado en el proceso autorización expresa y previa del Concejo Distrital para que el Alcalde celebrara el Otrosí No. 1 de 2006, como lo había obtenido el alcalde a través del Acuerdo 13 de 2001 para celebrar el contrato del 28 de febrero de 2002, resulta evidente o de bulto que éste carecía de competencia para comprometer al Distrito con el contenido de las cláusulas primera, segunda y sexta que son objeto de la pretensión primera y, por tanto, para este Tribunal, por las razones expuestas a lo largo de este Laudo, considera que está configurada la nulidad absoluta por falta de competencia del Alcalde para su celebración previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, tanto por violación de expresa prohibición de norma constitucional y legal como por abuso o desviación de poder así como por falta de competencia (capacidad para contratar), y en consecuencia, procederá según lo solicitado a declarar la nulidad de las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí No. 1 tal como lo consigna expresamente la Convocante en su escrito de demanda”; **(ii)** con referencia a la segunda pretensión, el laudo dispuso: “El Tribunal hace alusión expresa al principio jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y no siendo la cláusula primera del Otrosí No. 2 cosa distinta al desarrollo expreso de la cláusula segunda del Otrosí No. 1, no puede menos que decretarse también su invalidez jurídica porque a ella se predicán, de conformidad con lo dicho, las consecuencias y consideraciones efectuadas por el Tribunal anteriormente respecto de lo principal”; **(iii)** en tratándose de la pretensión tercera, “las cláusulas del contrato original, que el Otrosí No. 1 de 2006 y Otrosí No. 2 de 2007, pretendían modificar o adicionar y que serán anuladas por las causas invocadas por la parte actora y reconocida por el Tribunal, nunca fueron modificadas o adicionadas. Por lo tanto, si se anulan las cláusulas solicitadas del acuerdo modificatorio del 2006 y 2007, las mismas cláusulas del contrato original del 18 de febrero de 2002 mantienen su vigencia, como si nunca hubieran sido modificadas, adicionadas o derogadas y, por tanto, continuarán teniendo los mismos efectos jurídicos que tuvieron desde su celebración el 18 de febrero de 2002”; **(iv)** finalmente, acerca de la cuarta pretensión, referida a la validez de la cláusula décima del Otrosí n.º 1, el Tribunal decidió que era inválida porque: **a)** constituía “una renuncia absoluta a toda jurisdicción, es decir, que su finalidad es

desconocer expresas normas de procedimiento que tienen carácter obligatorio por ser de orden público”; **b)** es violatoria de los límites de la autonomía de la voluntad individual y está afectada por nulidad absoluta por objeto y causa ilícita “en la medida que dicha cláusula décima tiene como propósito y por efecto renunciar a derechos constitucionalmente irrenunciables, como son la facultad de acudir a la jurisdicción para exigir la protección de los derechos y reclamar ante los jueces competentes al amparo jurisdiccional, potestades que no son facultativas y mucho menos tratándose de entidad públicas como la Convocante”; **c)** el contrato “fue modificado, contra expresa prohibición legal y constitucional, de contratar sin autorización del Concejo” (folios 419–532, cuaderno del recurso).

6.1. En la parte resolutive del pronunciamiento arbitral se dijo:

“PRIMERO: Declarar improcedente la tacha de los testigos Julio Cesar Aguilera y Hernando Castro Nieto formulada por la Convocante, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEGUNDO: Denegar las excepciones propuestas por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P. TRIPLE A., a la demanda presentada por BARRANQUILLA DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO, por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO: Declarar que las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí n.º 1 al contrato de 18 de febrero de 2002 suscrito entre EL DISTRITO y TRIPLE A, son nulas.

CUARTO: Declarar que la cláusula primera del Otrosí n.º. 2 al contrato de 18 de febrero de 2002, suscrito entre EL DISTRITO y TRIPLE A, es nula.

QUINTO: Declarar que BARRANQUILLA DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO no está obligado a cumplir ninguna obligación que exceda los términos del contrato de 18 de febrero de 2002, tal y como fue autorizado por el Concejo Distrital mediante Acuerdo 013 de 2001, y entre ellas, las obligaciones derivadas de las cláusulas declaradas nulas en este Laudo, en los términos expuestos en la parte motiva.

SEXTO: Declarar la nulidad de la Cláusula Décima del Otrosí n.º. 1 al Contrato de fecha 18 de febrero de 2002, celebrado entre EL DISTRITO y TRIPLE A.

SÉPTIMO: Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: *En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare.*

NOVENO: *Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al Representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (artículo 115, numeral 2 del C. de P.C)."*

6.2. Por medio de auto del 14 de abril de 2010, el Tribunal de Arbitramento denegó la petición de aclaración presentada por parte de la Triple A para que se determinara el alcance del numeral quinto de la parte resolutoria del laudo (folios 569–578, cuaderno del recurso).

7. El recurso extraordinario de nulidad fue presentado por la Triple A con fundamento en la causal comprendida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, esto es: *“Son causales de anulación del laudo las siguientes: 8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (folio 589, cuaderno del recurso). En la sustentación correspondiente indicó: (i) que las partes contratantes modificaron el pacto arbitral, comprendido en la cláusula décima tercera del contrato, a través de la renuncia expresa que hicieron, mediante la cláusula décima del otrosí n.º 1, a ejercer acciones arbitrales que tuvieran como objeto la deuda existente por los subsidios de los años 2002, 2003, 2004 y 2005; (ii) que en virtud del principio de autonomía del pacto arbitral, independientemente de la validez o invalidez del otrosí n.º 1 por falta de competencia del alcalde para modificar las condiciones económicas originariamente acordadas, la exclusión del tema de los subsidios incorporada en la cláusula décima del otrosí n.º 1 de las materias que debían decidir los árbitros, impide al Tribunal de Arbitramento fallar sobre el particular y, por tal razón, la causal invocada de anulación del laudo está llamada a prosperar; (iii) que el alcalde de Barranquilla no necesitó la autorización del concejo distrital para incorporar la cláusula compromisoria dentro del contrato y, en consecuencia, tampoco la necesitaba para modificar válidamente la cláusula arbitral en la forma que se ha señalado; (iv) que los puntos tercero, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutoria del laudo arbitral –referidos a la declaratoria de nulidad de las cláusulas demandadas de los Otrosí n.º 1 y n.º 2 y a que las partes contratantes solo estaban obligadas a lo que se disponía en el contrato originario– deben ser anulados por el Consejo de Estado, puesto que tratan directamente el tema de la*

deuda correspondiente a los subsidios de los años 2002, 2003, 2004 y 2005, asunto que estaba por fuera de la competencia arbitral¹.

8. El Ministerio Público, dentro del trámite respectivo frente al Consejo de Estado, rindió su concepto en el sentido de solicitar a la Sala “*negar la pretensión del recurso de anulación interpuesto*”, puesto que no encontró probada la causal alegada (folio 691–697, cuaderno del recurso).

CONSIDERACIONES

¹ Folios 632–679, cuaderno del recurso.

En primer lugar, el recurrente hizo referencia a tres razones para alegar la causal: “*Primero, porque mediante dichas providencias [el laudo y el auto aclaratorio] el Tribunal Arbitral conoció y decidió diferencias sobre el siguiente tema, respecto al cual carecía totalmente de competencia: “la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005” Y por qué carecía de competencia? Pues porque las partes, previamente a la presentación y admisión de la demanda arbitral, habían celebrado una modificación al pacto arbitral inicial, en virtud de la cual excluyeron el tema en cuestión del ámbito de aplicación de dicho pacto arbitral y, por ende, también lo excluyeron del conocimiento y de la competencia del Tribunal que, en el futuro, llegare a constituirse en desarrollo del pacto arbitral modificado, como en efecto lo fue el Tribunal que dictó el laudo que es objeto de este recurso de anulación. Segundo, porque la modificación al pacto arbitral, en virtud de la cual se sustrajo de la competencia de la jurisdicción arbitral el tema antes indicado, es un acuerdo de voluntades que cumple todos los requisitos previstos en la ley para ser válido, contrario a lo decidido por el Tribunal Arbitral en el laudo recurrido. Tercero, porque esta falta de competencia del Tribunal, que alego como causal de anulación en este recurso, así como los temas relacionadas con ella, en especial, la validez de la renuncia parcial a la jurisdicción arbitral, son temas que caben en la órbita de conocimiento del juzgador ordinario que conoce y decide del recurso de anulación, en razón de que se trata de temas “in procedendo” y no “in iudicando”.*

A título de conclusiones señaló: *Como quiera que la incompetencia de este Tribunal es consecuencia de la declaratoria de nulidad de la modificación a la cláusula compromisoria inicial, con fundamento en todo lo expuesto en este acápite y los escritos anteriores cabe concluir lo siguiente: 1. Inicialmente, las partes pactaron una cláusula compromisoria de contenido amplio. 2. Posteriormente, y sin que hubiera vicio del consentimiento, pues ni el tema –objeto– ni la intención –causa– eran ilegales, estas mismas partes modificaron la cláusula compromisoria inicial, a efectos de excluir de dicha cláusula el siguiente tema: la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002 a 2005. Por tanto, esta deuda y todo tema relacionado con ella no pueden ser objeto de arbitramento porque el otrosí arbitral (cláusula décima del otrosí No. 1), que es válido, así lo dispuso. ¿Y por qué es válida esta reforma al pacto arbitral? Pues porque ni su objeto ni su causa son ilícitos, con independencia de la suerte que hubieren corrido las otras cláusulas de los otrosíes objeto de demanda arbitral. 3. El pacto arbitral y su otrosí son autónomos respecto a la existencia, validez y requisitos de celebración del contrato subyacente y de las reformas a éste; por consiguiente, la nulidad de los contratos sustantivos no afecta la validez de los contratos arbitrales, los cuales, siendo contratos, deben interpretarse dando prelación a lo que las partes pactaron y quisieron, sobre todo, si ello no es ilegal, ni inmoral, ni va en contra de las buenas costumbre. 4. El Consejo de Estado goza de competencia para, en desarrollo de este recurso de anulación, conocer y decidir acerca de la interpretación y decisión que el Tribunal de Arbitramento tomó sobre la validez de la cláusula décima del otrosí No. 1, en lo que a la reforma de la cláusula compromisoria se refiere, pues este tema atañe directamente a la propia competencia de dicho Tribunal y, por ende, es un tema “in iudicando”, que se adecua a lo previsto en la causal de anulación estatuida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. 5. Declarada por parte del Consejo de Estado la validez de la cláusula décima del otrosí No. 1 en lo que se refiere a la modificación de la cláusula compromisoria, el Tribunal Arbitral carecería de toda competencia para conocer de los temas incluidos en las cláusulas que él mismo declaró nulas y que se refieren a la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002 a 2005. Esto, precisamente, es lo que se pretende con el presente recurso: la anulación de todos los apartes del laudo que se refieren a este tema.*

I. Competencia

9. La Sala es competente para conocer y decidir el asunto de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 numeral 5 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que el contrato fuente de las obligaciones en litigio es de naturaleza estatal, porque fue suscrito por Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario.

II. Problema jurídico

10. La Sala debe determinar si el laudo arbitral recayó sobre puntos que no estaban sujetos a la decisión del Tribunal, habida consideración de la interpretación que debe darse a la cláusula décima del otrosí n.º 1 del contrato celebrado entre Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario y la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A.

III. Análisis de la Sala

11. En relación con la única causal invocada por el recurrente –Decreto 1818 de 1998, artículo 163 “*Son causales de anulación del laudo las siguientes: 8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”–, la Sala ha indicado que se configura en aquellos casos en los que el laudo arbitral decide asuntos que no se encontraban comprendidos dentro del ámbito restringido por el pacto arbitral y, por lo tanto, excedían la competencia de los árbitros.

11.1. Han sido múltiples los pronunciamientos de la Sección Tercera acerca de los aspectos que caracterizan la causal comentada, a través de los cuales se indica que la sanción de nulidad se justifica en protección del principio de congruencia, así:

En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los

queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral².

11.2. El fenómeno jurídico procesal que hasta el momento se ha señalado corresponde al de los fallos *extra petita*, el cual fue invocado en el caso concreto, pero dentro de la causal referida también tienen espacio otros supuestos de anulación del laudo arbitral:

a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea ultra petita; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en "causa petendi" distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal³.

12. Para efectos de determinar si en el caso concreto el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral excedió el ámbito de su competencia, es indispensable interpretar las cláusulas que dan lugar al recurso de anulación presentado, las cuales señalan lo siguiente:

Contrato	Otrosí n.º 1
<i>"CLAUSULA DECIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA: Las partes contratantes acuerdan que toda controversia, diferencia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución, interpretación o terminación del presente contrato, o relacionado con él directa o indirectamente y que no pueda ser resuelto de común acuerdo,</i>	<i>"CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES: Las partes convienen que a partir de la suscripción del presente otrosí renuncian a ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada</i>

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, Radicación número: 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández; indica también que esta causal es igual a una de las de casación: *"La causal octava alegada (haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido) viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P.C. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta causal tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis: a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita), b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), y c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínimo o citra petita). En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en "causa petendi" distinta a la invocada por las partes".*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, radicación número 32398, C.P. Ruth Stella Correa; en el mismo sentido: sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación número 33669, C.P. Ruth Stella Correa; sentencia de 27 de marzo de 2008, radicación número 33645, C.P. Ruth Stella Correa; sentencia de 21 de mayo de 2008, radicación número 33643, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 28 de enero de 2009, radicación número 35262, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 10 de junio de 2009, radicación número 35288, C.P. Ruth Stella Correa

<p><i>será resuelto por un Tribunal de Arbitramento, designado por el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla, que se sujetará a las siguientes reglas: a) Los árbitros serán elegidos de la lista oficial que para tal efecto lleva el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. B. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. C. La organización interna del Tribunal se sujetará a los reglamentos previstos para el efecto por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. D. El Tribunal decidirá en derecho. E. El Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.”</i></p>	<p><i>durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005 e igualmente se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esta misma causa”.</i></p>
--	--

12.1. La determinación del significado que tuvo para las partes en su momento la “CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES” del otrosí n.º 1 y la definición de los efectos jurídicos respectivos, son los propósitos de la labor hermenéutica que ahora emprende la Sala. El principio de la autonomía contractual, reconocido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano –“*[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”–, impone al juez la interpretación del contrato o de la declaración conjunta posterior, de acuerdo con la común intención de las partes exteriorizada, la cual corresponderá, por encima del sentido estrictamente gramatical de la expresión, a la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, tal y como lo ordena el artículo 1618 del Código Civil colombiano –“*[C]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a que lo literal de las palabras*”– y como lo ha manifestado ampliamente la jurisprudencia de la Sección⁴. En tal sentido, el

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 1991, referencia 5973, C.P. Carlos Betancur Jaramillo: “*El poder de interpretación que tienen las partes de un contrato no se discute, ni en el derecho privado ni en el público. El mismo código civil en sus artículos 1618 y siguientes trae una serie de normas orientadoras a ese respecto. Y es obvio que así sea porque en la ejecución y cumplimiento de los contratos pueden surgir discrepancias o dudas sobre el alcance de ciertas cláusulas o frases que entorpezcan su desarrollo. Discrepancias o dudas que deben ser despejadas en primer término por las mismas partes y que en última instancia será el juez el que las despeje cuando aquéllas no hayan logrado un acuerdo y como consecuencia se haya producido el rompimiento de la relación negocial. Pero ese poder interpretativo que en el derecho privado es equivalente y no coercitivo, como que una de*

contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

12.2. Este principio de la interpretación de los contratos pertenece a una larga tradición jurídica que inicia en Roma⁵, tiene un punto importante en la formulación que se hace bajo la racionalización jurídica de Domat⁶ y, años más adelante, de Pothier⁷, para finalmente incorporarse dentro de la normatividad en los códigos civiles expedidos en Europa⁸ y en América Latina⁹ durante los siglos XIX y XX. En esta breve evolución se evidencia un rasgo común, completamente vigente en

las partes no le podrá imponer a la otra una determinada interpretación, en el derecho público presenta unas características diferentes”; sentencia de 4 de junio de 1993, referencia 7215, C. P. Daniel Suárez: “Del texto anterior y dentro de una sana hermenéutica y para esto habrá que seguirse los artículos 1618 y ss del C.C., lo primero que se deduce del contenido de la cláusula transcrita es la intención de las partes...”; sentencia de 11 de mayo de 1999, referencia 10196, C. P. Ricardo Hoyos Duque: “La Sala considera que a pesar de las incongruencias que presentó el contrato, este aspecto no solo debe analizarse a la luz de la mencionada disposición, sino también de otros preceptos contemplados en el Código Civil 1618 para la interpretación de los contratos. El propósito de esta norma no es otro que lograr que entre los contratantes prevalezca la voluntad real sobre la voluntad declarada.”

⁵ El principio de interpretación referido se incorpora, entre otros pasajes del Digesto, en el que a continuación se transcribe (traducción de I. GARCIA DEL CORRAL. *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, 1897): “D.50,16,219 Papiniano, Respuestas, libro II.- Se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras. Así pues, cuando los municipios hubieren dado en arrendamiento un fundo tributario con la condición de que le perteneciera al heredero del que lo tomó, pudo ser transferido también al legatario del derecho de los herederos”

⁶ M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus* (tome premier), Paris 1771, p. 26: “Regla 1. Las oscuridades y dudas deben interpretarse por la intención común de los contratantes. Las convenciones deben ser formadas por el consentimiento mutuo de las partes, y cada una debe explicar sincera y claramente lo que promete y lo que pretende. Y es por su intención común que se explica aquello que puede aparecer en la convención como oscuro o dudoso”. “Regla 4 “La intención se prefiere sobre la expresión. Si los términos de una convención parecen contrarios a las intenciones de los contratantes, y estas intenciones resultaren evidentes, se debe atender a la intención por encima de los términos”.

⁷ R.J. POTHIER, *Oeuvres de R-J POTHIER. Les Traités du Droit Français*, (tome premier), Bruxelles, 1829 “Primera regla. 91. Se debe, en las convenciones, investigar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes más que el sentido gramatical de los términos.”

⁸ Código Civil francés, artículo 1156: “Se debe, en las convenciones, investigar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes más que detenerse en el sentido literal de los términos”; Código Civil alemán, artículo 133: “En la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido de la expresión”; Código Civil italiano, artículo 1362: “Intenciones de los contratantes.- En la interpretación del contrato se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido de las palabras. Para determinar la común intención de las partes se debe valorar su comportamiento completo, también posterior a la celebración del contrato”; Código Civil español, artículo 1281.- “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”.

⁹ Código Civil del Distrito Federal de México, artículo 1851: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”; Código Civil de Brasil, artículo 112: “En las declaraciones de voluntad se atenderá más la intención que al sentido literal del lenguaje”.

Colombia, que consiste en privilegiar la intención demostrable de los contratantes y, en tal sentido, el intérprete judicial debe profundizar en la búsqueda de ese entendimiento común, prístino, originario y auténtico que acompañó a las partes al momento de la emisión de la declaración conjunta, para lo cual resulta necesario atender a la interpretación del conjunto de los elementos de cognición textuales – palabras, oraciones, cláusulas, documentos adicionales, anexos, acuerdos, etc.– y extra textuales –principalmente el comportamiento de los contratantes–.

12.3. La recurrente interpreta los textos transcritos en el sentido de que la renuncia expresa de las partes a *“ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005”* tiene el efecto de excluir de la competencia de los árbitros el conocimiento de asuntos relacionados con tales materias; como consecuencia de ello, señala la recurrente, el laudo debe anularse pues trata directamente los temas referidos en los puntos tercero, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive, a través de los cuales declara la nulidad de las cláusulas demandadas de los otrosí n.º 1 y n.º 2 y concluye que las partes contratantes solo estaban obligadas a lo que se disponía en el contrato originario –párrafo 7–.

13. La Sala considera que la interpretación de la cláusula décima del otrosí n.º 1 propuesta por parte del recurrente es errada, porque no consulta la común intención de los contratantes, sino que toma ventaja de una apreciación meramente gramatical, aislada del sentido propio del texto y, especialmente, del contexto que motivó la elaboración del documento, para ajustar el entendimiento que más conviene al éxito de la causal de anulación invocada. Es bueno aclarar que la Sala en ningún momento censura la actividad del recurrente por presentar su interpretación, puesto que está en todo su derecho¹⁰, pero sí la descarta porque la considerada equivocada. La Triple A, mediante la extracción selectiva de las palabras contenidas en la cláusula décima del otrosí n.º 1 y la reconstrucción que resulta útil para sus propósitos, sugiere que la intención de los contratantes corresponde a la expresión: *“[L]as partes ... renuncian ... a ejercer cualquier acción ... arbitral”* y afirma que constituye una derogatoria voluntaria de la cláusula

¹⁰ Código Civil colombiano, artículo 26: *“Los jueces y los funcionarios públicos, en aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativo, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares...”* (Subrayado fuera de texto)

compromisoria en todo ello que atañe a las deudas correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005.

13.1. Contrario a lo sugerido por la Triple A, para la Sala es claro que una interpretación que pretende encontrar la común intención de los contratantes debe apreciar con detenimiento, de manera sistemática y coherente, todas las palabras que conforman una cláusula y todas las cláusulas que conforman un contrato para obtener el significado jurídicamente relevante, de acuerdo con lo prescrito por el criterio correspondiente, comprendido en el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil –“[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”–, el cual fue explicado por la jurisprudencia de la Sala en los siguientes términos:

Este criterio interpretativo pone de presente la correlación que existe entre las partes constitutivas del discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte: correlación y referencia que hacen posible la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos. Constituye un principio evidente de técnica de interpretación textual, que al dirigirse a aclarar el sentido de una declaración de índole jurídica, ordena que el significado de las declaraciones no puede ser segmentado, sino que debe ser atribuido al conjunto de la intención del declarante; es decir, que en presencia de una o varias cláusulas, dentro de un contrato; o de uno o varios artículos, dentro de una ley; o de una o varias leyes dentro del ordenamiento jurídico; o de una o varias declaraciones, dentro de una propuesta para una licitación pública, se debe considerar que hacen parte de un todo, y es por medio de la luz de cuanto emerge del conjunto de la declaración entera, que se determina el sentido jurídico propio del objeto interpretado¹¹.

13.2. Así, es claro que la afirmación de que se renuncia a “*ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005*”, no puede ser entendida válidamente, de conformidad con las normas de hermenéutica contractual, como una modificación a la cláusula compromisoria, puesto que la intención evidente de los contratantes al incorporar esa cláusula dentro del otrosí n.º 1 era renunciar al ejercicio de las acciones otorgadas por la ley frente a esa deuda, como la denominación misma de la cláusula lo indica: “*DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES*”, y no la de

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, referencia 16100, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

modificar la cláusula compromisoria, a la cual, por lo demás, no se hace referencia alguna dentro del otrosí mencionado.

14. Con la finalidad de interpretar debidamente las cláusulas décima tercera del contrato y décima del otrosí n.º 1, referidas al pacto arbitral y a su modificación, es indispensable conocer aquellos textos que dieron lugar a la extensión de tales cláusulas o que las acompañaron, así como también, por supuesto, el contexto respectivo, lo que demanda analizar documentos y situaciones que van más allá de las cláusulas mencionadas. Se aclara que el estudio correspondiente no tendrá por cometido extraer de esos documentos y situaciones, conclusiones de asuntos ajenos a los hechos y a la causal invocados por el recurrente, puesto que de forma alguna pretende la Sala a través de esta providencia desatender el carácter estricto y limitado que tiene el recurso de anulación, ni mucho menos constituir la segunda instancia del laudo, pero sí busca determinar la común intención de las partes plasmada en las cláusulas décima tercera del contrato y décima del otrosí n.º 1, para lo cual observará en su totalidad el aspecto fáctico que se relaciona directamente con tal propósito.

14.1. En tal sentido, el 18 de febrero de 2002, en desarrollo de las autorizaciones comprendidas en Acuerdo 013 del 11 de diciembre de 2001 expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla (copia auténtica, folios 2–9, cuaderno de pruebas n.º 1), tuvo lugar la suscripción del “*CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P*” (copia auténtica, folios 10–20, cuaderno de pruebas n.º 1), cuyo objeto comprendía:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: Mediante el presente contrato, las partes acuerdan las condiciones necesarias para asegurar la transferencia de los recursos destinados a cubrir los subsidios que en los porcentajes de los consumos básicos y cargos fijos indicados en los planes tarifarios y tarifas de TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P., concede EL DISTRITO a los suscriptores y/o usuarios de menores ingresos de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, según la metodología tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Así mismo, las partes determinan el manejo que se le dará a estos recursos, para de esta manera darle cumplimiento a las normas de la Carta Política, las Leyes 142 de 1994, 632 de 2000 y 715 de 2001, y al Decreto 565 de 1996 y demás normas aplicables a esta materia.

14.2. El contrato fue modificado por el “OTROSI No. 1 AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P. Y AL ACUERDO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES EL DIA 23 DE JUNIO DE 2006”, del 28 de noviembre de 2006 (copia auténtica, folios 29–37, cuaderno de pruebas n.º. 1) y éste último a su vez lo fue por el “OTROSI No. 2 AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P” del 9 de octubre de 2007 (copia auténtica, folios 40–43, cuaderno de pruebas n.º 1).

14.3. Constan en los documentos referidos, en relación con la obligación a cargo de la entidad territorial de transferir los recursos, las siguientes disposiciones contractuales en el texto originario y en el otrosí siguiente:

Contrato	Otrosí n.º 1
<p>CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL DISTRITO: EL DISTRITO se obliga especialmente a través de la suscripción de este contrato a lo siguiente: 1.- Efectuar la transferencia y/o pago a TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P. del valor correspondiente a la diferencia que se presenta entre los aportes de los suscriptores y usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores comercial e industrial y los subsidios a los suscriptores y usuarios de los estratos 1, 2 y 3, considerados por las normas legales aplicables como beneficiarios de los mismos. Esto, con cargo a los recursos que ha destinado al pago de tal obligación, según Acuerdo No. 013 de diciembre 17 de 2001 y lo dispuesto en este contrato y demás normas aplicables a la materia. El pago de que trata esta obligación se imputará a cubrir el valor del déficit entre los aportes solidarios de los suscriptores y/o usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores comercial e industrial y los subsidios, incluidos en las facturas expedidas por TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P., correspondientes a los suscriptores y/o</p>	<p>CLÁUSULA PRIMERA: OBLIGACIONES DEL DISTRITO: Se modifica el numeral 1 de la cláusula segunda del contrato la cual quedará así: 1.- Efectuar la transferencia y/o pago a TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P. del valor correspondiente a la diferencia total que se presente entre los aportes de los suscriptores y/o usuarios de los estratos 5 y 6, y de los sectores comercial e industrial y los subsidios a los suscriptores y/o usuarios de los estratos 1, 2 y 3, considerados por las normas legales aplicables como beneficiarios de los mismos. El pago de que trata esta obligación se imputará a cubrir el valor del déficit total entre los aportes solidarios de los suscriptores y/o usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores comercial e industrial y los subsidios, incluidos en las facturas expedidas por TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P., correspondiente a los suscriptores y/o usuarios de los estratos 1, 2 y 3, considerados por las normas legales aplicables beneficiarios de los subsidios. Así mismo, <u>el pago comprenderá un porcentaje destinado a cubrir el déficit de subsidios insoluto por</u></p>

<p><i>usuarios de los estratos 1, 2 y 3, considerados por las normas legales aplicables beneficiarios de los subsidios. Todo lo anterior conforme a lo señalado en la cláusula primera de este contrato.</i></p>	<p><u><i>un valor a pesos corrientes actualizado de VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$22.993'649.000.oo) acumulado durante las vigencias 2002, 2003 y 2004 y 2005 conforme a lo contemplado en el Anexo No. 1 Balance de Recursos de Deuda, el cual hace parte integrante del presente otrosí. La obligación de pago de dicha suma por parte de EL DISTRITO se efectúa bajo la condición de que las sumas pagadas por EL DISTRITO sean invertidas en la realización de las obras en reposición de infraestructura en acueducto y saneamiento básico que se requiera para conservar la red existente en un adecuado estado de funcionamiento. TRIPLE A determinará de acuerdo a criterios técnicos en qué lugares debe realizarse la reposición, semestralmente presentará el informe al DISTRITO en el que se relacionan las obras ejecutadas y los recursos invertidos. (Subrayado fuera de texto)</i></u></p>
--	---

15. Así, no solo desde el punto de vista de la interpretación sistemática y coherente de las diferentes palabras que conforman la cláusula décima del otrosí n.º 1 se llega a la conclusión de que el cometido de los contratantes no era modificar el pacto arbitral, sino también con base en la misma hermenéutica de la cláusula en función del contenido del otrosí n.º 1, puesto que la Sala observa que este último está dirigido a modificar las obligaciones de la entidad territorial respecto de su obligación de transferencia o pago de recursos a la Triple A, por concepto de los subsidios y a acordar expresamente que la deuda correspondiente por las vigencias 2002, 2003, 2004 y 2005 asciende a “*un valor a pesos corrientes actualizado de VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$22.993'649.000.oo)*”. Es decir, la renuncia al ejercicio de las acciones legales comprendida en la “*CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES*” tiene como propósito que el convenio logrado para el reconocimiento de esta suma no sea posteriormente modificado, de suerte que sustancialmente las partes tuvieron como propósito la renuncia a las acciones, pero nunca la modificación del pacto arbitral.

16. También en aplicación del canon de interpretación sistemática, especialmente el inciso segundo del artículo 1622 del Código Civil –“[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por la de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia (subrayado fuera de texto)”–, la expresión gramatical analizada, la cláusula décima que la incorpora y el otrosí n.º 1, deben entenderse en función de los convenios celebrados por las partes con anterioridad.

16.1. En este caso el otrosí n.º 1 estuvo precedido por la firma de un “Acuerdo de pago entre el Distrito Metropolitano de Barranquilla (El Distrito) y la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P (Triple A de B/Q S.A. E.S.P.) para el pago de los recursos adeudados por concepto de subsidios que en los porcentajes de consumos básicos y cargos fijos indicados en los planes tarifarios y tarifas de Triple A de B/Q S.A. E.S.P., concede el Distrito a los suscriptores y/o usuarios de menores ingresos de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, según la metodología tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico; para el período comprendido entre enero de 2002 y mayo 30 de 2006, así como otros acuerdos”, de fecha 23 de junio de 2006, por medio del cual se determinó el monto y la forma de pago de la deuda a cargo de la entidad territorial¹². Este texto, en condición de antecedente documentario, confirma que la intención común fidedigna de las partes perseguida con la celebración del otrosí n.º 1 era acordar la cifra que la entidad territorial adeudaba a Triple A y que el propósito conjunto que se buscaba con la cláusula décima del otrosí n.º 1 era poner punto final al asunto mediante el desistimiento del derecho a ejercer las acciones legales respectivas; no hay rastro alguno de que el propósito de las partes fuera modificar el ámbito de competencia de los asuntos sometidos a la decisión de los árbitros.

¹² Folios 21–25, cuaderno de pruebas n.º 1: “PRIMERO.- Pago de los montos adeudados para los años 2002 – 2003. Durante los años 2002 y 2003 el Distrito dejó de girar a Triple A de B/Q S.A. E.S.P. la suma de \$3.492 millones de pesos para el año 2002 mas \$4.735 millones de pesos para el año 2003 para un total de \$8.227 millones...”

“SEGUNDO.- Pago de los montos adeudados para el período comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 30 de mayo de 2006. Durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 30 de mayo de 2006 se dejó de girar a la Triple A de B/Q S.A. E.S.P. la suma de cinco mil ciento veintidós millones de pesos (\$5.122'000.000.oo). De dicho valor es necesario restar la suma de novecientos treinta y siete millones de pesos (\$937'000.000.oo) pagados por el Distrito durante el año 2004 por encima de su obligación, en términos de El Contrato de Subsidio, para el mencionado año. Atendiendo a lo anterior, la suma final adeudada por el Distrito para el período comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 30 de mayo de 2006 corresponde a cuatro mil ciento ochenta y cinco millones de pesos (\$4.185'000.000.oo) los cuales serán pagados por el Distrito a Triple A de B/Q S.A. E.S.P...”

16.2 En un sentido más amplio al que hasta el momento se ha analizado, el comportamiento de las partes previo a la celebración del acuerdo de pago y del otrosí, constituye un medio de convicción adicional y útil para confirmar la común intención que acompañó a los contratantes en la elaboración de la cláusula décima del otrosí n.º 1, dado que éste último documento no puede ser apreciado como una cuestión ajena a las relaciones entre las partes que lo precedieron, sino como su consecuencia. Así, hubo múltiples comunicaciones¹³ a través de las cuales Triple A pidió al distrito que se presupuestaran los recursos y le cobró los dineros adeudados de acuerdo con el contrato celebrado el 18 de febrero de 2002 –“*por concepto del déficit entre los aportes que realizan los suscriptores y/o usuarios de los estratos 5 y 6 y de los que pertenecen a los sectores comercial e industrial y los subsidios a los suscriptores y/o usuarios de los estratos 1, 2 y 3*”– que representan un elemento más para verificar que su común intención plasmada en la cláusula mencionada, era finalizar la problemática referente a la deuda y desistir de las acciones legales eventuales o presentes.

16.3. Tan claro es que el propósito conjunto de las partes era desistir de las acciones judiciales eventuales y presentes, que de manera clara en la cláusula décima del otrosí n.º 1 se precisó que los contratantes “*se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esta misma causa*”, cuestión que correspondía a las demandas ejecutivas que había iniciado Triple A en contra del Distrito para lograr el pago de sus acreencias (copia auténtica de las providencias del 23 de julio de 2004 y del 9 de noviembre de 2004, proferidas por el Tribunal Administrativo del Atlántico, folios 264–274, cuaderno de pruebas n.º 1).

17. Las conclusiones que hasta el momento se han alcanzado –en el sentido de que la común intención de las partes al suscribir el otrosí n.º 1, en virtud del

¹³ Copia auténtica, folios 104–140, 169–257, cuaderno de pruebas n.º 1. Cartas de fechas: 22 de febrero de 2002, 22 de marzo de 2002, 22 de abril de 2002, 22 de mayo de 2002, 21 de junio de 2002, 22 de julio de 2002, 20 de agosto de 2002, 20 de septiembre de 2002, 21 de octubre de 2002, 18 de noviembre de 2002, 20 de diciembre de 2002, 28 de octubre de 2002, 14 de noviembre de 2002, 20 de enero de 2003, 26 de febrero de 2003, 28 de marzo de 2003, 24 de abril de 2003, 22 de mayo de 2003, 25 de julio de 2003, 25 de agosto de 2003, 23 de septiembre de 2003, 1 de octubre de 2003, 24 de octubre de 2003, 9 de diciembre de 2003, 23 de diciembre de 2003, 23 de enero de 2004, 24 de marzo de 2004, 26 de abril de 2004, 19 de noviembre de 2004, 24 de febrero de 2005, 23 de marzo de 2005, 22 de abril de 2005, 5 de mayo de 2005, 21 de junio de 2005, 14 de julio de 2005, 21 de julio de 2005, 25 de agosto de 2005, 21 de octubre de 2005, 24 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 24 de enero de 2006, 22 de junio de 2006, 14 de julio de 2006, 31 de julio de 2006, 12 de diciembre de 2006, 12 de julio de 2007, 14 de julio de 2008

acuerdo logrado, era renunciar a las acciones que la ley concede respecto del conflicto jurídico que sostenían desde hacía algún tiempo y no la de excluir asunto alguno de la competencia de los árbitros— se corroboran con los testimonios de Hernando Castro Nieto y de Sandra Milena Mejía Segura, los cuales se analizan únicamente en función de esclarecer el contexto dentro del cual se extendió y suscribió la cláusula décima del otrosí n.º 1 –párrafo 14—. El primero hace referencia a las deudas no pagadas por el Distrito, a las demandas ejecutivas presentadas por la empresa de servicios públicos y al acuerdo de pago al cual finalmente se llegó mediante la suscripción del otrosí n.º 1¹⁴ y la segunda indica que la importancia del otrosí n.º 1 radica en que las partes llegaron a un acuerdo sobre la forma de pago de la deuda¹⁵. Ninguno de ellos hace referencia a que se hubiera perseguido a través del otrosí n.º 1 la modificación del pacto arbitral.

18. Entonces, la intención de las partes era acordar una cuestión de fondo frente a la renuncia al ejercicio de unos derechos y no una cuestión de forma frente a la utilización de un instrumento o una herramienta para la solución alternativa de conflictos, como es el arbitramento, y por ese motivo se debe descartar la interpretación sugerida por el recurrente, la cual aparece como unilateral, de último momento y ajena al propósito de originó la cláusula.

19. El laudo arbitral concluyó que la “**CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES** del Otrosí n.º 1 era nula –objeto ilícito y causa ilícita–

¹⁴ Folios 436–447, cuaderno de pruebas n.º 2. El testigo declaró: “*Qué ocurrió entonces durante la ejecución del contrato a partir del año 2002, presentadas todas las facturaciones mensuales, el Distrito en los primeros años especialmente en el año 2002 y en el año 2003 incumplió con toda la obligación o las obligaciones pactadas en el contrato en cuanto a incluir dentro del presupuesto los recursos necesarios y suficientes para honrar la obligación adquirida de cubrir la totalidad del déficit ... Eso llevó a la empresa a tomar la decisión de demandar ejecutivamente al Distrito en relación con el cumplimiento de esas obligaciones, se presentaron dos demandas ejecutivas ante el tribunal administrativo del Atlántico y el tribunal administrativo del Atlántico libró mandamiento ejecutivo en relación con las obligaciones que había adquirido el Distrito de Barranquilla en el contrato consistentes en incorporar anualmente en sus presupuestos los recursos necesarios para cubrir el 100% del déficit entre contribuciones y subsidios ... Finalmente haría alusión a lo correspondiente con el otrosí firmado entre las partes respecto del contrato suscrito en el año 2002, como ya lo hemos dicho precedentemente la obligación del Distrito entre otras obligaciones consistía en presupuestar anualmente todos los recursos necesarios para cubrir la totalidad del déficit generado entre contribuciones y subsidios. El Distrito de Barranquilla había incumplido esas obligaciones en los años 2002 y 2003 e incluso había incumplido la obligación de pagar la totalidad del déficit que había sido presupuestado 2004, 2005 y una parte del 2006 ... En el otrosí que se suscribió por parte de la empresa se recoge el acuerdo entre las partes respecto de la forma como el Distrito de Barranquilla iba a cumplir finalmente con una serie de obligaciones de pagar las deudas acumuladas hasta ese momento por parte del Distrito y obligaciones que hasta esa fecha no habían sido solucionadas o solventadas por parte del Distrito de Barranquilla.*”

¹⁵ Folios 428–435, cuaderno de pruebas n.º 2. La testigo declaró: “*La importancia del otrosí es acordar una forma de pago de una deuda que ya existía, que estaba soportada con una facturación, con un presupuesto por parte del Distrito y que se había dejado de pagar, había un saldo y que el otrosí era para acordar cómo se iba a pagar ese saldo acumulado.*”

porque comprendía una renuncia absoluta a toda jurisdicción, desconocía normas obligatorias de procedimiento y no contaba con la autorización correspondiente del concejo distrital.

19.1. El recurrente afirma que si en gracia de discusión, de acuerdo con lo resuelto en el laudo impugnado, fuera inválida la renuncia al ejercicio de las acciones judiciales, tal sanción no podría cobijar la renuncia de las partes a que la justicia arbitral decida respecto de las deudas de los años 2002, 2003, 2004 y 2005, *“pues las partes tienen completa autonomía para modificar los pactos arbitrales, incluso así sea para renunciar a la justicia arbitral”*.

19.2. La Sala no comparte la afirmación del recurrente y solo en gracia de discusión, para seguir su argumento, ha de considerarse un principio del derecho civil, consistente en que lo accesorio sigue a lo principal, el cual planteado de otra forma significa que lo principal da lugar, condiciona, caracteriza o naturaliza a lo accesorio. En el caso concreto lo perseguido por las partes era la renuncia a las acciones como objeto principal y lo accesorio era el ámbito dentro del cual se podían desenvolver las reclamaciones *“judicial, extrajudicial o arbitral”*, razón por la cual desde un punto de vista lógico y jurídico solo se podría satisfacer la interpretación del recurrente de que no era posible iniciar una *“acción arbitral”* si la renuncia al ejercicio de las acciones hubiera sido válida, puesto que la renuncia y la *“acción arbitral”* estaban íntimamente ligadas, en cuanto a que la referencia puramente adjetiva a lo *“arbitral”* tenía relevancia sí y solo sí la tenía la renuncia o desistimiento al ejercicio de las acciones.

20. De otra parte, frente a la hipótesis de que las partes hubieran querido modificar la cláusula arbitral, la Sala considera que una modificación válida del pacto arbitral en el caso concreto no puede consistir en una expresión que solo tangencialmente trata el asunto, sino que habría debido comprender una declaración inequívoca y concreta, central dentro del texto, que posibilitara interpretar, con base en los elementos textuales y extra textuales respectivos, que la común intención de las partes era cambiar el contenido del pacto arbitral.

20.1. Trátense de cláusulas compromisorias o compromisos, estos pactos son solemnes y deben constar por escrito¹⁶, más aun cuando quiera que ellos se

¹⁶ Artículo 115. Pacto Arbitral. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 117.> El artículo 2o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

incorporen dentro de un contrato estatal¹⁷. Ha dicho la Sala que *“la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero”*¹⁸ y en tal sentido –sin que aquí se esté diciendo que la supuesta modificación en el caso concreto no constaba por escrito– las modificaciones a un pacto arbitral exigen un nivel de concreción y claridad equivalente al que tuvo el texto del pacto arbitral mismo.

20.2. En efecto, se debe recordar que el pacto arbitral comprende una materia de la mayor trascendencia como es la asignación de la función de administrar justicia a particulares, de acuerdo con mandatos constitucionales¹⁹ y legales, quienes constituyen un tribunal diferente a los de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa y, por tal motivo, se configura una renuncia a las vías corrientes de

"Artículo 2o. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces."

ARTICULO 116. CLAUSULA COMPROMISORIA. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 118.> El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. *La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse <sic> al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."*

ARTICULO 117. COMPROMISO. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 119.> El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 3o. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;*
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;*
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél."*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente n.º 36537, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez. Habida cuenta de las exigencias comprendidas en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, la providencia señala que: *“el pacto arbitral que tenga por objeto someter a la decisión de un Tribunal Arbitral las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato estatal, exige para su existencia de la forma escrita puesto que esta es la solemnidad que la ley prescribe para el perfeccionamiento de los contratos estatales”*.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ Constitución Política, artículo 116: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

administración de justicia. Así, para efectos de constituir una cláusula compromisoria o un compromiso se exige que el texto correspondiente sea completo y coherente, cuestión que también se ha de exigir para que la modificación del pacto sea válida.

21. Finalmente, la Sala concluye: **(i)** que las partes no tenían la intención de modificar la “*CLAUSULA DECIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA*” a través de la “*CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES*” del Otrosí n.º 1; **(ii)** que no hubo modificación alguna al pacto arbitral; **(iii)** que una interpretación diferente significaría desatender la común intención demostrada de las partes y privilegiar el significado gramatical ajeno al texto, al contexto y a los mandatos legales; **(iv)** que el laudo, en consecuencia, se ocupó de temas que estaban sujetos a la competencia de los árbitros y **(v)** que no se configura la causal de anulación invocada por el recurrente.

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,

RESUELVE

PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones comprendidas en el recurso de anulación presentado por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A, en contra el laudo arbitral proferido el 24 de marzo de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidente

Ruth Stella Correa Palacio

Danilo Rojas Betancourth