



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación: 110010326000200700051 00

Convocante: LOTERÍA DE SANTANDER

Convocada: UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER ENAPUESTAS U.T.

Ref. Recurso de anulación laudo arbitral (Exp. 34302)

Conoce la Sala de los recursos de anulación interpuestos por las partes contra el laudo arbitral proferido el 15 de mayo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Lotería de Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander.

ANTECEDENTES

1. Convocatoria

El 12 de Mayo de 2005 la **UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER ENAPUESTAS U.T.** presentó ante el Colegio Santandereano de Abogados, la convocatoria para que un Tribunal de Arbitramento resolviera la siguiente pretensión:

“Que se declare que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de concesión N° 00032 suscrito el 07 de septiembre de 2001 entre la LOTERÍA SANTANDER y la UNION TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER ENAPUESTAS UT., cuyo objeto lo constituyó la concesión de la explotación del Juego de Apuestas Permanentes ‘CHANCE’ en el departamento de SANTANDER, mediante contrato de concesión por un término de cinco (5) años, contados a partir del 4 de octubre de 2001”. (Fols. 3-19 Tomo 1)



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

En la oportunidad procesal correspondientes los sujetos miembros de la Unión Temporal formularon demandas de reconvención.

2.1. Presentada por Álvaro Garzón Serrano y Otros.

“DECLARACIONES PRINCIPALES

1.1. Que se declare que el contrato de concesión de juegos de apuestas permanentes ‘chance’, de fecha 7 de septiembre de 2001, celebrado entre la lotería de Santander y la UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER – ENAPUESTAS UT-, integrada, entre otras, por las personas jurídicas y naturales antes referenciadas, constituye un instrumento jurídicamente válido; en tal virtud generador de derechos y obligaciones entre las partes, el cual tiene un término de duración de (5) años, que vence el 3 de octubre de 2006, plazo que constituye una condición obligatoria establecida en el pliego de condiciones de la licitación y en el contrato.

1.2. Que la Lotería de Santander, incumplió el mencionado contrato de concesión, al haber impedido que mis mandantes, como integrantes de la unión temporal referida, ejecutaran el contrato durante el plazo contractual pactado.

2. CONDENAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Como consecuencia del incumplimiento contractual, la Lotería irrogó a mis mandantes una serie de daños antijurídicos que debe reconocerles y pagarles, los cuales ascienden a la suma de \$30.497.059.882, valor que se distribuye entre mis mandantes en la proporción que a cada uno de ellos corresponde (Ver cuadro N° 12 página 36 del experticio) La referida suma de dinero se discrimina en los conceptos y valores que a continuación se precisan:

2.1. Daño emergente: la cantidad de \$ 27.289.012.551, con el carácter de daño emergente, la cual se distribuye entre mis mandantes, asociados a la unión temporal, en la proporción que a cada uno de ellos corresponde (Ver cuadro N° 12 página 36 del experticio, que corresponde a la sumatoria de los activos tangibles,



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

los activos intangibles y los perjuicios por incumplimiento del contrato). El referido valor se origina en los siguientes conceptos:

2.1.1. Pérdida de activos tangibles: la suma de \$6.801.851.656, por daño ocasionado al patrimonio de mis mandantes, en razón a la pérdida de activos tangibles representados en las inversiones realizadas por ellos para atender la ejecución del contrato, según la distribución correspondiente. (Ver anexo N° 1.2, página 42 del experticio)

2.1.2. Daños por incumplimiento de contratos celebrados con terceros: la cantidad de \$174.724.262, que corresponde a las pérdidas ocasionadas en el patrimonio de mis mandantes, como consecuencia del incumplimiento de contratos celebrados con terceros para la atención de la concesión, y que se derivan de relaciones laborales y contratos de arrendamiento de inmuebles; los cuales se distribuyen según los daños efectivamente causados a cada uno de ellos (Ver anexo N° 1.4, página 44 del experticio)

2.1.3. Pérdida de activos intangibles: la suma de \$20.312.436.633, al producirse la terminación del contrato la empresa es afectada patrimonialmente al desaparecer ese patrimonio intelectual, que si bien no está expresado contablemente, por su naturaleza de valor intangible, no es menos cierto que representa un elemento patrimonialmente valorable, el que por su extinción generó también un daño de carácter económico. Valor este que se distribuye entre mis mandantes en la porción porcentual que les corresponde como miembros de la unión temporal (Ver anexo N° 1.3, página 43 del experticio).

2.2. Lucro cesante: La cantidad de \$3.208.047.330, como utilidad esperada y no percibida (lucro cesante) correspondiente al término en el que no se les permitió la ejecución del objeto contractual, o sea, durante 23 meses. Valor que también se distribuye en la referida proporción porcentual entre mis mandantes (Ver anexo N° 1.1, página 41 del experticio).



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

2.3. *La cantidad que corresponda como condena en costas, incluidos los honorarios y gastos cancelados por mis mandantes por concepto de honorarios de los árbitros y gastos administrativos, en la proporción asumida por ellos y las respectivas agencias en derecho, también distribuidas entre mis mandantes en la proporción porcentual de participación en la unión temporal.*

2.4. *Las anteriores pretensiones se entienden, sin perjuicio de los demás daños que se logren probar en el desarrollo de la litis.*

3. DECLARACIONES SUBSIDIARIAS

3.1. *En el hipotético evento de que no fueren acogidas las declaraciones principales, en subsidio de ellas, se solicita que se declare que la Lotería de Santander es responsable de la anulación del contrato, que eventualmente llegare a proferirse por el tribunal de arbitramento, por estar en cabeza de ella la obligación legal de señalar los requerimientos jurídicos del mismo, en estricta sujeción a lo ordenado por el legislador, y pese a ello haber inducido a la celebración del contrato.*

3.2. *Como consecuencia de lo anterior, declarar que la lotería Santander es patrimonialmente responsable de todos los daños antijurídicos causados a mis mandantes, al no haberse podido ejecutar en su totalidad el mencionado contrato, por circunstancias que sólo pueden imputársele a esa entidad.*

4. CONDENAS DERIVADAS DE LAS DECLARACIONES SUBSIDIARIAS.

Si el laudo desestimare las peticiones principales y en defecto de ellas optare por las declaraciones subsidiarias, se impongan como condenas, las mismas que aparecen relacionadas en el numeral 2 y sus desagregaciones” (Fols. 489-516 Tomo 1).

2.2 Presentada por Luis Eduardo León Prieto.

“PETICIONES PRINCIPALES



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

1. *Declárese que entre la Beneficencia de Santander, hoy Lotería Santander, y la Unión Temporal de Empresarios Unidos de Apuestas de Santander – ‘ENAPUESTAS U.T.’, de la cual hace parte el señor LUIS EDUARDO LEÓN PRIETO, existió un contrato de concesión para la operación del juego de Apuestas Permanentes (chance) en todo el Departamento de Santander, identificado con el N° 00032, firmado el día siete (7) de septiembre de 2001, por un término de cinco (5) años, contados a partir del cuatro (4) de octubre de 2001, hasta el día tres (3) de octubre de 2006.*

2. *Declárese que la Lotería de Santander, incumplió el anterior contrato al terminarlo abrupta y unilateralmente mediante resolución N° 359 del 30 de agosto de 2004, confirmado mediante Resolución N° 418 del 12 de octubre del mismo año, actos administrativos que se encuentran debidamente ejecutoriados y produciendo plenos efectos legales.*

3. *Declárese que, en desarrollo del proceso licitatorio para la adjudicación de dicho contrato, la Lotería de Santander incurrió en culpa incontractando al convocar a las Uniones Temporales legalmente domiciliadas y constituidas en Colombia a participar en él, hecho imputable solamente a la propia administración y no al aquí demandante.*

4. *Declárese que esa culpa incontractando imputable a la administración, dio origen al incumplimiento de su obligación, como era la de garantizar la estabilidad y permanencia del contratista durante el término contractual pactado, por lo que está obligada a indemnizar los perjuicios causados al contratante aquí demandante, según estimación anticipada realizada por la Cooperativa de Egresados de la Universidad Industrial de Santander “COASEDUIS” que se determinan en el capítulo respectivo o lo que más se demuestre. Los perjuicios de orden moral, dada su gran dimensión., serán determinados por el tribunal arbitral, en suma no inferior a mil salarios mínimos mensuales y se solicita respetuosamente al Tribunal fijarlos según lo estipulado por el artículo 16 de la ley 446 de 1998.*



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

5. *Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor y sobre ellas se pagarán intereses comerciales de mora a partir de la fecha de su exigibilidad y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.*

6. *Ordénese el cumplimiento de las condenas anteriores dentro del término de treinta días, contados a partir de la comunicación de lo decidido en el Laudo Arbitral que aquí se expida.*

7. *Condénese en costas y al pago de la totalidad de los costos del Tribunal de Arbitramento, a la entidad demandada.*

PETICIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERA SUBSIDIARIA. Se declare que el contrato de concesión que ha dado origen a este proceso, no está viciado de nulidad absoluta, sino de nulidad relativa que ya está saneada por el transcurso del tiempo.

SEGUNDA SUBSIDIARIA. Respetuosamente solicito, que en caso de que tampoco prospere la anterior petición, se tomen como subsidiarias las presentadas en su escrito de demanda de reconvención por el Doctor HERNÁN GAMARRA MURILLO, quien obra en nombre y representación de los miembros de la Unión Temporal que él representa, y las que presente la Doctora BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO por intermedio de su apoderado judicial, con la consecuente indemnización de perjuicios tanto de carácter material (Lucro cesante y daño emergente) como moral, a favor de mi representado, en las cuantías que aquí estoy solicitando, o en las que se demuestren.

TERCERA SUBSIDIARIA. Que en forma concordante para cada una de estas peticiones subsidiarias, se decrete que prosperan las peticiones consecuenciales 4 en cuanto al pago de los perjuicios, 5, 6 y 7 anteriores.” (Fols. 528-552 tomo 1)



2.3. Presentada por Blanca Nubia Ochoa Molano.

PETICIONES PRINCIPALES.

1. Declárese que entre la Beneficencia de Santander, hoy Lotería de Santander, y la Unión Temporal de Empresarios Unidos de Apuestas Santander – ‘ENAPUESTAS U.T.’ de la cual hace parte la señora BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO, existió un contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes ‘chance’ en todo el departamento de Santander, identificado con el N° 00032, firmado el día siete (7) de septiembre de 2001, por un término de cinco años, contados a partir del cuatro (4) de octubre de 2001, hasta el día tres (3) de octubre de 2006, el cual fue suscrito por ENAPUESTAS U.T. con la convicción de buena fe de ser un instrumento jurídico completamente válido.

2. Declárese que la Lotería de Santander, incumplió el anterior contrato al terminarlo de manera abrupta y unilateralmente mediante resolución N° 359 del 30 de agosto de 2004, confirmado mediante Resolución N° 418 del 12 de octubre del mismo año, actos administrativos que se encuentran debidamente ejecutoriados, produciendo plenos efectos legales, lo cual impidió que ENAPUESTAS U.T., lo siguiera cumpliendo durante todo el plazo contractual pactado.

3. Declárese que en el desarrollo del proceso licitatorio para la adjudicación de dicho contrato, la Lotería de Santander incurrió en culpa incontractando al convocar a las Uniones Temporales Legalmente domiciliadas y constituidas en Colombia a participar en él, hecho imputable solamente a la contratante y no a al aquí demandante.

4. Declárese que esa culpa incontractando imputable a la administración, dio origen al incumplimiento de su obligación de garantizar la estabilidad y permanencia del contratista durante el término contractual pactado, por lo que está obligada a indemnizar los daños antijurídicos causados a la contratista aquí demandante



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

(lucro cesante y daño emergente) ,según estimación anticipada y razonada, realizada por el contador público juramentado doctor EDGAR AUGUSTO ROZO PAEZ, y que se encuentran determinados en le capítulo respectivo, o lo que más se demuestre. Los daños o perjuicios de orden moral, dada su gran dimensión, serán determinados por el tribunal arbitral, en suma no inferior a mil salarios mínimos legales mensuales, y se solicita respetuosamente al Tribunal fijarlos según lo estipulado por el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

5. Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor, y sobre ellas se pagarán intereses comerciales de mora a partir de la fecha de su exigibilidad y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

6. Ordénese el cumplimiento de las condenas anteriores dentro del término de treinta días, contados a partir de la comunicación de lo decidido en el Laudo Arbitral que aquí se expida.

7. Condénese en costas y al pago de la totalidad de los costos del Tribunal de Arbitramento a la entidad demandada.

PETICIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERA. En caso de no prosperar las anteriores peticiones principales, respetuosamente solicito que en subsidio se declare que el contrato de concesión que ha dado origen a este proceso no está viciado de nulidad absoluta, sino de nulidad relativa que se encuentra saneada por el transcurso del tiempo.

SEGUNDA. Que en consecuencia, la lotería de Santander no podía terminar válidamente el contrato y, al hacerlo sin justificación legal, incurrió en un incumplimiento contractual que la obliga a indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista en la cuantía aquí reclamada o en al que se demuestre.

TERCERA. En el eventual caso que tampoco prosperen las anteriores peticiones subsidiarias y se considere por ese Honorable Tribunal que existe nulidad absoluta



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

del contrato, se condene a la Lotería de Santander a cancelarle a mi poderdante, todos los perjuicios que le fueron ocasionados en la cuantía aquí reclamada o en la que se demuestre, en razón a ser la entidad demandada la directa responsable de la suscripción y firma del contrato en estas condiciones, ya que a su cargo estaba la obligación de elaborar los pliegos de condiciones con claridad y precisión, y en ese sentido, debía señalar quienes podían participar en la licitación y qué requisitos se debían cumplir para el efecto. Si la hubiese analizado con mínima diligencia y cuidado estipulando la no participación de las Uniones Temporales, muy seguramente los integrantes de ENAPUESTAS U.T. hubieran participado conformando una persona jurídica y no estuvieran viviendo hoy las consecuencias patrimoniales y morales que los afectan, y que no están obligados a soportar, pues participaron en la licitación, firmaron y venían ejecutando el contrato de Buena fe, en posición de confianza legítima.

CUARTA. Respetuosamente solicito que, en caso de que tampoco prospere la anterior petición, se tome como subsidiaria de ésta, las presentadas en su escrito de demanda de reconvención y con el mismo carácter, por el Doctor HERNÁN GAMARRA MURILLO, quien obra en nombre y representación de los miembros de la Unión temporal que él representa, y por el apoderado del señor Luis Eduardo León, con la consecuente indemnización de perjuicios, tanto de carácter material (Lucro cesante y daño emergente) como moral, a favor de mi representada, en las cuantías que aquí estoy exigiendo o en las que se demuestren.

PETICIONES CONSECUCIONALES. En caso de prosperar cualquiera de estas peticiones subsidiarias, consecuencialmente solicito se decrete que también salen avante las peticiones 5, 6 y 7 respectivamente.” (Fols. 567-601 Tomo 1)

3. Laudo arbitral

El Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo impugnado, decidió:

“PRETENSIONES DE LA PARTE CONVOCANTE.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

PRIMERA. Declarar que por las razones expuestas de la parte motiva de este laudo no hay lugar a declarar la nulidad absoluta solicitada por al parte convocante por no tipificarse la causal invocada.

SEGUNDO. El tribunal declara de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión N° 0032 de 2001, celebrado entre la lotería de Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Se condena a la parte convocante a cancelar el 70% de las costas pagadas y liquidadas en este proceso incluidas las agencias en derecho.

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LUIS EDUARDO LEON PRIETO A LA DEMANDA PRINCIPAL.

PRIMERA. Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia no prosperan las siguientes excepciones. a.- El no haberse cumplido con los presupuestos procesales de la acción. La sentencia debe ser inhibitoria, b) Falta de legitimación en la causa por activa. c) Inepta demanda por falta de los requisitos legales, d) Configuración en cambio de una nulidad relativa ya saneada, e) Todas aquellas excepciones presentadas por los apoderados de los demás miembros de la Unión temporal, que reafirmen lo dicho en esta contestación, y no contradigan y/o favorezcan los intereses de mi poderdante.

SEGUNDA. Declarar probada la excepción de inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho en relación con la nulidad absoluta que se impetra.

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO A LA DEMANDA PRINCIPAL.

PRIMERA.- Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia que no prosperan las siguientes excepciones. a.- Falta o ausencia de competencia delegada por las partes para conocer el Tribunal de arbitramento de



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

la ilegalidad y eventual nulidad absoluta o relativa del contrato de concesión objeto del litigio. b.- Ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el acto de adjudicación de la licitación. c.- Configuración de una nulidad relativa ya saneada d. Todas aquellas excepciones presentadas por los apoderados de los demás miembros de la unión temporal, que reafirmen lo dicho en esta contestación y no contradigan y/o favorezcan los intereses de mi poderdante.

SEGUNDA. Declarar probada la excepción de inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho en relación con la nulidad absoluta que se impetra.

EXCEPCIONES DE EL RIN SUPERAPUESTAS LTDA Y OTROS A LA DEMANDA PRINCIPAL.

PRIMERA. Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, prosperan las siguientes excepciones a) inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho en relación con la nulidad absoluta por la causal 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 por cuanto el contrato no está legalmente prohibido.

SEGUNDA. Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia no hay lugar a pronunciamiento alguno por parte del tribunal sobre las pretensiones subsidiarias 1) 2) 3) 4) 5) y 6) del escrito de contestación de demanda en razón a que el Tribunal está relevado de pronunciarse sobre ellas.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN LUIS EDUARDO LEON PRIETO.

PRIMERO.- Declarar que entre la Lotería de Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander existió el contrato de concesión N° 00032 de 2001 para la explotación del juego de apuestas permanente o chance en el Departamento de Santander por el plazo de cinco años.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

SEGUNDA. Declarar que la Lotería de Santander incumplió el contrato de concesión suscrito entre la Lotería de Santander y la Unión temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERA. Declárase que en el desarrollo del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de concesión la Lotería de Santander incurrió en culpa in contrahendo al convocar a las uniones temporales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTA. Declarar que la parte convocante incurrió en culpa in contrahendo por lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

QUINTO.- Condenar a la Lotería de Santander a pagar a Luis Eduardo León Prieto, por concepto de lucro cesante la suma de TRECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MCTE (\$382.341.640).

SEXTO.- Despachar favorablemente las pretensiones del convocante en cuanto a daño emergente y daño moral.

SEPTIMA.- Declarar la actualización de las condenas que en este laudo se impongan, conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.

OCTAVA. Ordenar el cumplimiento de las condenas anteriores de conformidad con lo establecido en el artículo 177, adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998 y al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

NOVENO. Condenar al convocante a cancelar el 30% de las costas incluidas agencias en derecho proporcional a su participación en dichas costas.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

DECIMA. La condena realizada es fijada a fecha diciembre 31 de 2005 y deberá ser actualizada con el índice de precios al consumidor del día que se realice el pago.

EXCEPCIONES DE LA PARTE CONVOCANTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE LUIS EDUARDO LEON PRIETO.

PRIMERA. Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no prosperan las excepciones propuestas por la parte convocante de Nulidad Absoluta por expresa prohibición legal e inexistencia de la culpa in contrahendo.

SEGUNDO. Declara que no prospera la excepción denominada por la convocante NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLE – GANS.

PRETENSIONES DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO.

PRIMERO.- Declarar que entre la Lotería de Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander existió el contrato de concesión N° 900032 de 2001 para la explotación del juego de apuestas permanente o chance en el departamento de Santander por el plazo de cinco (5) años.

SEGUNDA. Declarar que la Lotería de Santander incumplió el contrato de concesión suscrito entre la Lotería de Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERA.- Declárase que en el desarrollo del proceso licitatorio para la adjudicación del contrato de concesión la Lotería Santander incurrió en culpa in contrahendo al convocar a las uniones temporales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

CUARTA. – declarar que la culpa incontractando imputable a la administración, dio origen al cumplimiento de su obligación como era la de garantizar el término contractual pactado por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO.- Condenar a la Lotería Santander a pagar a BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO, la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES ciento cincuenta y un mil pesos MCTE (\$952.151.000)

SEXTO. Despachar desfavorablemente las pretensiones del convocante en cuanto a daño emergente y daño moral.

SEPTIMA.- La condena realizada es fijada a fecha diciembre 31 de 2005 y deberá ser actualizada con el índice de precios al consumidor del día que se realice el pago.

OCTAVA. Ordene el cumplimiento de las condenas anteriores de conformidad con el artículo 177, adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998 y el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo

NOVENA.- Condenar a la parte convocante en reconvenición a pagar el 30% de las costas del proceso incluidas las agencias en derecho, de acuerdo a su participación en este rubro.

EXCEPCIONES DE LA PARTE CONVOCANTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE LUIS EDUARDO LEON PRIETO.

PRIMERA. Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no prosperan las excepciones por la parte convocante de nulidad absoluta, por expresa prohibición legal e inexistencia de Culpa.

SEGUNDO. Declarar no probada la excepción denominada por el convocante “NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLE-GANS.” Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

DEMANDA DE RECONVENCIÓN DEL RIN SUPERAPUESTAS LTDA Y OTROS.

PRIMERA. Rechazar la pretensión que busca declarar el contrato como jurídicamente válido por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia ya que el contrato fue declarado nulo.

SEGUNDO. Declarar el incumplimiento del contrato por parte de la Lotería de Santander. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERA. Condenar a la Lotería de Santander a pagar a los siguientes convocados las siguientes sumas por concepto de lucro cesante (...).

CUARTO. La condena realizada es fijada a fecha diciembre 31 de 2005 y deberá ser actualizada con el índice de precios al consumidor del día que se realice el pago.

QUINTO. Para el efecto del cumplimiento de la sentencia aténgase a lo dispuesto por el artículo 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. Se niega la pretensión solicitada por el señor LUIS ARTURO QUINCENO en cuanto a la indemnización de perjuicios por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Sin que haya condena en costas.

SEPTIMO. Se condena en costas a la aquí demandante en reconvención en un porcentaje del 30% incluido agencias en derecho

OCTAVO. Este Tribunal considera que con el presente Laudo ha resuelto la totalidad de: pretensiones de la demanda principal y de las demandas de reconvención. La totalidad de las excepciones planteadas por las partes que intervinieron en este proceso y la totalidad de las objeciones propuestas a su consideración dentro del trámite arbitral.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

NOVENO. Rechazar las objeciones por error grave presentadas por los convocados respecto del dictamen pericial, de JOSE JOAQUIN ALZATE Y RICARDO SEQUEDA. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO. Rechazar por improcedente las objeciones por error grave, formuladas por los convocados, frente al dictamen pericial decretado de oficio por este Tribunal, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

DECIMO PRIMERO. Rechazar las objeciones por error grave, formuladas por la Lotería de Santander, frente a los dictámenes de la Cooperativa de egresados de la Universidad Industrial de Santander 'COASEDUIS', el de Edgar Augusto Rozo Páez y el dictamen de oficio decretado por este Tribunal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

DECIMO SEGUNDO. Entréguese a los árbitros y a la secretaría el saldo de sus honorarios correspondientes al cincuenta por ciento de los mismos.

DECIMO TERCERO. Por secretaría expídanse sendas copias auténticas del presente aludo, con destino a la parte convocada, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en este proceso y a la Corporación Colegio Santandereano de Abogados.

DECIMO CUARTO. Protocolícese el expediente en una de las Notarías del Círculo de Bucaramanga - Reparto una vez cobre ejecutoria el presente Laudo." (fols. 379 a 564 c. ppal).

4. Los recursos de anulación

4.1. Presentado por la Lotería de Santander con sustento en la causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 por "*dos supuestos diferentes, el primero, el haber recaído el Laudo sobre puntos no sujetos a decisión del Tribunal de Arbitramento, y el segundo, haberse concedido más de lo pedido*"



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

a. *Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión del Tribunal de Arbitramento.*

Mediante el análisis comparativo entre lo pedido por los convocados en su demanda de reconvención y lo considerado por el tribunal de arbitramento, adujo que éste, al evaluar las pretensiones relativas al incumplimiento contractual derivado de la terminación anticipada del contrato, se pronunció sobre la legalidad del acto administrativo por medio del cual la entidad pública declaró la terminación unilateral del contrato 0032 de 2001. Explicó:

“..el Tribunal de Arbitramento...ha incurrido en un exceso en su competencia en varios sentidos. El Tribunal ha asumido competencia para conocer de la ilegalidad del acto administrativo de terminación unilateral, en la medida en que éste ha decidido y condenado a la Lotería de Santander, por haber emitido los actos administrativos ya mencionados, supuestamente, en contra de lo estipulado en la ley 643 de 2001.”

Luego de transcribir la cláusula compromisoria, señaló:

“...el Tribunal de Arbitramento tenía una competencia exclusiva para decidir los debates que se presentaran entre los contratantes con ocasión a (sic) la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En ningún momento se precisó competencia alguna respecto de la legalidad de los actos administrativos que dieron lugar a esta controversia. Luego, la incompetencia del Tribunal de Arbitramento ha sido doble en la medida en la que el Tribunal decidió la legalidad del acto administrativo que abrió la licitación pública y del acto administrativo que decidió terminar unilateralmente el contrato, no estando facultado para ello por la cláusula compromisoria ni por la ley.”

Se refirió a las providencias de esta Sala y a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en las cuales se ha afirmado que el tribunal de arbitramento carece de competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos, en el entendido de que es una materia no transigible y con fundamento en que nuestro ordenamiento



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

jurídico otorga dicha función a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una norma imperativa de orden público, que se desprende del poder del Estado. Sostuvo:

“Significa lo anterior que la materia sujeta a decisión de los árbitros es exclusivamente la relacionada con discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa el contrato estatal, sin que en ningún caso, los árbitros tengan competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad, el cual, en caso de controversia, debe ser dirimida por la jurisdicción contencioso administrativa(...)

Como ya se ha señalado, la legalidad del acto administrativo de terminación del contrato obedece a la inoperatividad que el Tribunal le está dando al acto administrativo. El Tribunal ha roto la presunción de legalidad del acto administrativo, en la medida en la que expuso como causa del daño patrimonial solicitada por el demandante, la ilegalidad de la resolución 359 y 418 de 2004, las cuales dieron por terminado el contrato. Esto, hilado con las razones por las cuales el tribunal de arbitramento asumió conocimiento, nos permite deducir que el efecto mismo del laudo es la inoperatividad del acto administrativo, subordinada a la ilegalidad declarada por el tribunal.

Este punto es el que permite aseverar con mayor firmeza la excesiva atribución asumida por el laudo arbitral. Es posible que la parte resolutive del laudo no declare expresamente la nulidad del acto administrativo, pero su resultado es la ineficacia del mismo, lo que se infiere de la ilegalidad del acto administrativo declarada por el tribunal. Este hecho supone así mismo, la contradicción al principio de ejecutoriedad del que goza todo acto administrativo...”

b. Haberse concedido más de lo pedido



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

b.1 Adujo la Lotería de Santander que el tribunal se pronunció sobre una materia no contenida en sus pretensiones, como lo fue la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato. Advierte que, so pretexto de analizar la nulidad absoluta del contrato de concesión 00032 del 7 de septiembre de 2001 que pidió la Lotería en su condición de convocante, terminó pronunciándose sobre la legalidad de unas resoluciones, a las que privó de su ejecutoriedad y presunción de legalidad.

Argumentó que el tribunal de arbitramento, en forma errada y contradictoria, consideró prevalente la aplicación de la ley 80 de 1993 respecto de la ley 643 de 2001, *normativa especial que regula el contrato de concesión de monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar*, para concluir después que estos contratos sólo pueden celebrarse con personas jurídicas y no con uniones temporales. Agregó que la terminación unilateral del contrato se ajustó a derecho; que la lotería consideró que las Uniones Temporales carecen de capacidad para celebrar estos contratos, que la ley 643 de 2001 expresamente restringió la operación de los juegos de suerte y azar a las personas jurídicas y naturales; que *“esta orden legislativa obligaba a la Lotería de Santander a dar por terminado el contrato de concesión en la medida en la que la (sic) Unión Temporal no era persona jurídica y en consecuencia, no permitía el aseguramiento del interés público y de vigilancia perseguido por la ley 643 de 2001; una abstención en este sentido sólo supondría el desobedecimiento del mandato emitido por el legislador.”*

b. 2 Sustentó también la ocurrencia de esta causal en que *“el Tribunal de Arbitramento ha concedido más de lo pedido en el momento en el que ha señalado que la controversia que ha sido sometida a su conocimiento está referida también al proceso licitatorio que dio lugar a la celebración del contrato de Concesión N° 00032.”*

Al efecto explicó que el tribunal (Fol. 57 del laudo) consideró que la Lotería había desconocido la reglamentación contenida en la ley 643 de 2001 y en el decreto 1350 de 2003 cuando convocó a las uniones temporales y a los consorcios a la licitación pública que antecedió el mencionado contrato, como también cuando aplicó las normas generales de la ley 80 de 1993 en particular la disposición que regula la facultad para



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

contratar con el Estado. Agregó que con estas consideraciones el tribunal desbordó el contenido de la cláusula compromisoria que sólo previó el conocimiento de la controversia contractual suscitada con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo y terminación del contrato, *“pero no concretamente a la convocatoria realizada por la Lotería de Santander a terceros interesados, como lo ha analizado el Tribunal de Arbitramento.”* Explicó además:

“..aquí el error en la argumentación es doble. Primero la licitación pública es un proceso que exige el agotamiento de varios trámites internos que usualmente toman bastante tiempo en realizarse en la misma entidad y siendo la convocatoria abierta casi al mismo tiempo en que se expidió la ley 643 de 2001, difícilmente podría considerarse que la administración habría podido corregir este error.Segundo, habiendo participado la Unión Temporal el todo el trámite de selección objetiva, ¿Por qué podría en este instante alegar la ignorancia de una norma que evidentemente le afectaba, hasta el momento en que la administración dio por terminado el contrato de concesión? En este escenario, la Unión Temporal está alegando su propia culpa en la medida en la que pudo haber formulado las dudas en torno al pliego de condiciones en este sentido, y muy seguramente, teniendo en cuenta lo desfavorable que le hubiera resultado la reforma de los pliegos de condiciones en el sentido en el que la ley 643 lo requería, se abstuvo de hacerlo.”

Finalmente afirma el recurrente que el laudo contiene una abierta contradicción, *“pues expone que la ley 643 de 2001 debió haber sido tomada en cuenta al momento de abrir la licitación pública, pero por otro lado, señala que la norma fue expedida estando en curso la ejecución del contrato, no debiéndose aplicar el contrato en litigio por cuanto este se rige por las normas vigentes al momento de su celebración.”* (fols. 645 a 647 679 a 728 c. ppal).

4.2 Recurso presentado por Luis Eduardo León Prieto.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Al efecto invocó como causales, “las contenidas en los numerales 1, 2, y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, compiladas por en los numerales 4, 6 y 9 del artículo 230 del decreto 1818 de 1998”¹

Al sustentar el recurso manifestó desistir de la causal 2, artículo 72 de la ley 80 de 1993 y respecto de las restantes causales expuso, en síntesis, lo siguiente:

Primer cargo. Causal prevista en el numeral 1, artículo 72 de la ley 80 de 1992.

Explicó este recurrente que el Tribunal de arbitramento incurrió en varias irregularidades cuando:

a. *Decretó oficiosamente la práctica de un nuevo peritazgo sin señalar EXPRESAMENTE las específicas CONTRADICCIONES que quería clarificar (que no se extractaban al rompe”???) (sic) como sostiene cuando responde mi inicial recurso de reposición contra el decreto ilegal de esta nueva prueba oficiosa ...).*

b. *Excedió sus facultades legales al ordenar el cubrimiento de TODO EL TEMA DE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS sufridos por los miembros de la Unión Temporal (siendo que no estaba cuestionado en su TOTALIDAD sino parcialmente) relevando a la Lotería de la ‘carga de la prueba’, con el AGRAVANTE de extenderlo a aspectos de ‘puro derecho’ y a otros que no requerían de especiales conocimientos técnicos o científicos sino de un estudio simplista por parte del os señores árbitros; lo mismo que sustituirla en su obligación de objetar cumpliendo los requisitos de ley.*

c. *Delegó en los peritos su función de ‘decidir’ pues los puso a ‘calificar’ si eran correctos y técnicamente aceptables los peritazgos elaborados por COASEDUIS Y EDGAR AUGUSTO ROZO;*

¹ Fols. 607 y 608 c. ppal.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

d. *CONFIÓ en los nuevos peritos la facultad para establecer un marco de metodologías ACEPTABLES en materia de ‘valoración de empresas’ (regresando al sistema de la tarifa probatoria), siendo que el sentido común enseña que existen tantas técnicas como autores sobre la materia, aunado a que se desconoció por esta vía, que el juicio para aceptar o no un método siempre va a depender del ‘contexto’ específico en que se desarrolle la empresa, es decir, de las circunstancias y condiciones en que los empresarios desarrollaron la concesión, completamente desconocida para los peritos y para el señor abogado de la Lotería quienes afirmaron que por el Monopolio no existió Competencia, siendo la absoluta verdad (no ajena a la Lotería) que entre los miembros de la Unión Temporal se daba la más ‘encarnizada’ competencia reflejada no sólo en las cifras de los resultados de sus ventas y colocaciones del juego, sino en el cubrimiento del mercado y en las preferencias de los apostadores (de ahí que unos producían mas que otros);*

e) *Aceptó implícitamente que el Ministerio Público (quien tan solo era otra parte dentro del proceso) cuestionara la METODOLOGÍA o ESTRUCTURA del nuevo dictamen por una vía NO LEGAL, cuando lo correcto (si no se estaba de acuerdo con su FUNDAMENTO) hubiera sido objetarlo, (lo cual no era viable en este caso), y como prueba de su OBJECCIÓN haber pedido la práctica de uno nuevo aplicando la técnica del que consideró pertinente, y lo que es peor,*

f) *Ordenó en oportunidad NO LEGAL que los peritos rindieran estos nuevos peritazgos.”*

Agregó el recurrente que todo lo anterior generó la violación del debido proceso, que la práctica de dos nuevos dictámenes fue irregular y por ende deben declararse nulos. Concluyó que como el laudo se fundamentó en los peritazgos ordenados de oficio para cuantificar el lucro cesante y negar la condena deprecada por concepto de good will, procede su nulidad parcial, para en su lugar adoptar la decisión con sustento en las únicas pruebas válidas de cuantificación y determinación de los perjuicios, esto es “los dictámenes periciales elaborados por COASEDUIS Y EDGAR AUGUSTO ROZO



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

PÁEZ en contra de los cuales no prosperaron las objeciones formuladas por la Lotería Santander convocante.”

Segundo cargo. Causal 5, artículo 72 de la ley 80 de 1993.

Afirmó este recurrente que la invocada causal estaba configurada porque los árbitros, en el laudo impugnado, incurrieron en las siguientes omisiones:

- No condenaron a la Lotería de Santander al pago del lucro cesante a favor de Luis Eduardo León Prieto y Blanca Nubia Ochoa Molano, en la forma pedida en la demanda, muy a pesar que (sic) estas pretensiones prosperaron.

(...)

- No decisión del punto relacionado con el pago de los perjuicios sufridos por Luis Eduardo León Prieto y demás miembros integrantes de la unión temporal diferentes a Blanca Nubia Ochoa Molano, a raíz de las inversiones que realizaron a través de terceros agentes comercializadores del juego.

(...)

.- No decisión del punto relacionado con el pago de los perjuicios sufridos por los demás miembros integrantes de la unión temporal representados por Hernán Gamarra a raíz de las inversiones que realizaron a través de terceros agentes comercializadores del juego.

(...)

.- El tribunal no falló lo atinente a las pretensiones relacionadas con el pago de los perjuicios morales sufridos por Luis Eduardo León Prieto y Blanca Nubia Ochoa Molano.

(...)

. - Tampoco los árbitros fijaron sus honorarios, los de la secretaria del Tribunal y los gastos administrativos correspondientes al centro de arbitraje, en la forma reglada por la ley.

(...)

.- El tribunal no condenó en costas en la forma ordenada por la ley y por ello falló en suma menor a la que estaba obligado.

(...)



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

. - El tribunal tampoco aplicó los ordenamientos legales en lo atinente a la fijación de las agencias en derecho fallando menos de lo prescrito en el ordenamiento jurídico.”

Al efecto el recurrente transcribió en lo pertinente sus pretensiones, expuso los fundamentos jurídicos y probatorios en que las sustentó; comparó lo pedido y lo otorgado por el tribunal de arbitramento; explicó el régimen que orienta la regulación de honorarios en el arbitraje, como también lo relativo a las costas y a las agencias en derecho y finalmente concluyó:

“... como quiera que los cargos formulados bajo las precedentes consideraciones comportan la fuerza demostrativa suficiente para que sean admitidas como probadas las referidas causales de anulación, solicito....., que como se invoca la nulidad de una prueba que no compromete la decisión en su totalidad sino en los aspectos consecuenciales, de prosperar esta causal, junto a la causal 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 y dado lo prescrito por el artículo 4 del C de PC, ruego se proceda a corregir y adicionar el fallo teniendo además en cuenta los siguientes hecho relevantes y peticiones:

4.1 Sobre el daño emergente incluidos los gastos por sistematización y el Good Will.

(...)

4.2 Alcance del concepto de daño emergente (...). Por esta razón el ‘daño emergente’ fue estimado teniendo en cuenta la pérdida ocasionada al patrimonio de las personas naturales y jurídicas que conformaban la Unión Temporal provocada por la cesación del contrato.....lo cual generó a su vez la cesación en el aprovechamiento de la inversión realizada en las empresas que se pusieron al servicio del mismo.

(...)

*4.3 Respecto del Good Willlos peritos explicaron el sistema o metodología técnica que aplicaron para llegar a esa valoración, cumpliendo así con lo exigido por la ley en los artículos 2333 y 237 del C de P. Civil...Como se puede observar ellos por ninguna parte pretenden el reconocimiento y pago **doble** de las utilidades*



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

que habrían obtenido Blanca Nubia Ochoa y Luis Eduardo León hasta el último día de vigencia del contrato, por un lado generándola a título de lucro cesante y por el otro, con el argumento de que con ello se remunera el Good Will, tal y como lo sostiene el señor apoderado de la lotería.

(...)

4.4 Las Empresas que manejan un monopolio tienen o no Good Will? Un monopolio per se produce utilidades?

(...)

4.5 Tampoco es la temporalidad la que determina la existencia o no del Good Will, ya que un límite en el tiempo no descarta la posibilidad de forjar un bien nombre (Good Will) y de generar riqueza.

(...)

4.6 La valoración del Good Will necesariamente debe emerger de un escenario comparativo.

(...)

4.7 Es necesario contabilizar el Good Will para que procesa su reconocimiento y de no contabilizarse no procede su declaración?

(...)

4.8 El tema de las revelaciones contables

(...)

4.9 El tema de las cuenta de ordena

(...)

4.10 Sobre el reconocimiento de los perjuicios recibidos en razón de las inversiones realizadas por intermedio de terceros agentes comercializadores.

(...)

4.11 Reajuste de las condenas en materia de lucro cesante

(...)

4.12 Perjuicios Morales

(...)

4.13 Reajuste del valor condenado por concepto de costas del proceso, agencia en derecho, honorarios de los árbitros, de la secretaria y del centro de arbitraje.

(...)"



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Sobre lo anterior insistió:

“..al ser los peritazgos ordenados de oficio pruebas NULAS irregularmente arrimadas con desacato al debido proceso, que sirvieron de base para que el Tribunal cuantificara el LUCRO CESANTE y NO ACCEDIERA a condenar a la Lotería al pago de perjuicios por concepto de DAÑO EMERGENTE y GOOD WILL, respetuosamente ruego a ese Honorable Consejo de Estado así lo decida, lo mismo que la nulidad parcial del laudo en estos aspectos consecuenciales, y proceda a dictar en su lugar lo que en derecho corresponda con base en las únicas pruebas válidas de cuantificación y determinación de los perjuicios a saber los dictámenes periciales elaborados por COASEDUIS Y EDGAR AUGUSTO ROZO PÁEZ en contra de los cuales no prosperaron las objeciones formuladas por la Lotería de Santander convocante.”

Por último reclamó condenar en costas a la Lotería de Santander y además un reconocimiento como agente oficioso de los otros miembros de la unión temporal, con fundamento en que se verían beneficiados con la modificación del laudo arbitral. (fols. 769 a 864 c. ppal).

4.3. Recurso presentado por El Rin Superapuestas Ltda., Enapuestas de Santander EU; Enapuestas Ltda (antes Apuestas El Puma Ltda); Pedro León Rueda Montañez; Ana Rita Balaguera de Galán; Carlos Alberto Acelas Rodríguez; Gilberto Arias Pérez; Ramiro Monsalve Santana; Alvaro Antonio Santamaría; Reinaldo Martínez López; Cesar Oswaldo Garzón Serrano; Victor Serrano Sanamaría; Victoria Plaza Vda de Barrios y Gabriel Evan Cure EU.

Lo sustentaron en la causal 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, con el objeto de que se adicione el laudo para que comprenda la decisión de las pretensiones siguientes que, a su juicio, no fueron resueltas. Al efecto afirmaron:

“En la demanda de reconvención que me permití presentar a nombre de mis mandantes, aparecen bajo el numeral 2.1 las pretensiones sobre daño emergente,



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

examinadas y cuantificadas a través del dictamen pericial que se acompañó en sustento de las mismas, las cuales se desagregaron en los siguientes conceptos:

- Pérdida de activos tangibles.*
- Perjuicios por incumplimiento de contratos celebrados con terceros.*
- Pérdida de activos intangibles.*

La simple lectura de la parte resolutive del laudo permite verificar cómo efectivamente sobre las aludidas pretensiones el Tribunal no hizo pronunciamiento alguno, en lo que concierne a mis mandantes.

Bajo esas circunstancias el Tribunal no decidió sobre una de las cuestiones sujetas al arbitramento, y con ello dejó incurso la providencia en la causal 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993.”

Luego de exponer argumentos fácticos, probatorios y jurídicos para demostrar la incongruencia alegada, concluyó:

“1. Es palmaria la existencia de la causal 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, porque evidentemente el laudo arbitral en cuestión no resolvió sobre la totalidad de los asuntos sometidos a su consideración en virtud de que se abstuvo de decidir respecto de las pretensiones formuladas por mis mandantes en relación con el daño emergente, lo que hace imperativo una decisión sobre las mismas.

2. Los tres conceptos que configuraron el daño emergente quedaron fehacientemente probados y cuantificados con el sólido estudio pericial realizado por CASEDIUS, a propósito de las demandas de reconvención (Fols. 610 a 614; 730 a 741 c. ppal).



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

5. Trámite de los recursos

5.1 Mediante auto proferido el 10 de octubre de 2007, se avocó el conocimiento de los recursos interpuestos por las partes mencionadas, se dispuso el traslado común de 5 días a las partes y el traslado especial al Ministerio Público (fols. 673 ss c. ppal).

5.1 La Lotería de Santander intervino, para oponerse a la prosperidad de los recursos interpuestos por los miembros de la Unión Temporal, a cuyo efecto expuso, en síntesis, lo expuesto al sustentar el suyo, esto es, la ilegalidad del laudo por haberse pronunciado respecto de materias no transigibles.

5.2 El Rin Superapuestas Ltda., Enapuestas de Santander EU; Enapuestas Ltda (antes Apuestas El Puma Ltda); Pedro León Rueda Montañez; Ana Rita Balaguera de Galán; Carlos Alberto Acelas Rodríguez; Gilberto Arias Pérez; Ramiro Monsalve Santana; Alvaro Antonio Santamaría; Reinaldo Martínez López; Cesar Oswaldo Garzón Serrano; Victor Serrano Santamaría; Victoria Plaza Vda de Barrios y Gabriel Evan Cure EU, se opusieron a la prosperidad del recurso presentado por la Lotería de Santander. Al efecto argumentaron que el laudo resolvió las pretensiones propuestas sin analizar la legalidad de actos administrativos; precisaron que el Tribunal, sólo realizó algunas consideraciones sobre los errores cometidos por la administración, *“porque el tema requería su contextualización y para ese efecto no podía soslayar los antecedentes y elementos que articularon el escenario de la controversias suscitada, pero sin pronunciamiento de mérito sobre su legalidad..”* (Fols. 742 y ss c. ppal)

5.3 Luis Eduardo León Prieto, se opuso a la prosperidad del recurso interpuesto por la Lotería, en similares términos a los expuestos por los otros miembros de la Unión Temporal. Agregó que *no toda alusión que se haga de un acto administrativo por parte de los árbitros que tenga íntima relación con la manera como nace o termina un contrato, significa que se esté definiendo su legalidad..”* (fols. 876 a 881 c. ppal).



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

6. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación intervino en la correspondiente oportunidad procesal mediante escrito en el que solicitó declarar la prosperidad del recurso. Sostuvo:

“Del análisis del expediente, advierte esta Procuraduría que el recurso de anulación interpuesto por la Lotería de Santander, está llamado a prosperar, por cuanto se configura la causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993. Por el contrario, los recursos que interpusieron los miembros de la Unión Temporal no tienen vocación de prosperidad, toda vez que se refieren a los aspectos frente a los cuales el Tribunal no podía pronunciarse y que generan la existencia de la causal de anulación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1993, (aplicable por remisión que hace el inciso final del artículo 72 de la ley 80 de 1993 y 230 del Decreto 1818 de 1998), como quiera que sólo prospera la causal 4 - que corresponde a la 8 del régimen general -, lo procedente es la corrección del laudo, en el sentido de declarar la imposibilidad de una decisión de fondo respecto de las pretensiones declarativas y de condena de las demandas de reconvención, por cuanto el pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos es exclusiva y excluyente del juez administrativo” (Fols 906 a 921 c. ppal.).

CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la entidad convocante contra el laudo por medio del cual se dirimió el litigio planteado respecto del contrato suscrito el 07 de septiembre de 2001 por la Lotería Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander Enapuestas U.T.

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



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Código Contencioso Administrativo y el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que el contrato fuente de las obligaciones en litigio, es de naturaleza estatal, porque en su conformación intervino una entidad pública.

1. El recurso de anulación del laudo arbitral

Las características de este recurso pueden definirse desde varios aspectos²:

a. Su procedencia está condicionada a que se invoquen y sustenten debidamente las causales expresamente señaladas en la ley a ese efecto. Por disposición del artículo 39 del decreto ley 2279 de 1989³, modificado por el artículo 128 de la ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando los causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley.

b. Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "*principio dispositivo*", conforme al cual es el recurrente quien delimita la materia objeto del pronunciamiento del juez, con la formulación y sustentación del recurso dentro de las precisas causales que la ley consagra⁴⁵. No le es dable al juez de la anulación pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso.⁶

c. El recurso de anulación no implica una segunda instancia, de manera que los cargos formulados con el objeto de que se establezca si el Tribunal obró o no conforme

² A este respecto puede consultarse la sentencia proferida el 4 de julio de 2002, expediente 22.195, reiterada entre otras, en sentencias del 4 de diciembre de 2002, expediente 22194; 26 de febrero de 2004, expediente 25.094 y del 27 de abril de 2006, expediente 30096.

³ Cabe resaltar que esta disposición es aplicable frente a los recursos ejercitados contra los laudos arbitrales que dirimen controversias derivadas de contratos estatales, por remisión expresa del aparte final del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

⁴ Sentencia proferida el 12 de noviembre de 1993; Exp. 7809.

⁵ Con todo cabe precisar que en algunas oportunidades, con ocasión del trámite del recurso de anulación del laudo arbitral, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1742 del CC, ha dispuesto oficiosamente la nulidad del pacto arbitral. Al efecto puede consultarse las sentencias del 8 de junio de 2000, expediente 16973 y de 1 de agosto de 2002, expediente 21041.

⁶ En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 30 de mayo de 2002; expediente 20.985.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

al derecho sustancial al resolver las pretensiones propuestas, carecen de técnica procesal y no tienen vocación de prosperidad.⁷

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

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

2. Análisis de los cargos del recurrente

2.1 Primer cargo. “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*” (Numeral 4 artículo 72 de la ley 80 de 1993, num. 8 artículo 38 del decreto 2279 de 1989)

Adujo la Lotería de Santander que el laudo recayó sobre puntos no sujetos, legalmente a la decisión de los árbitros:

. Cuando el tribunal de arbitramento consideró que el contrato no estaba viciado de nulidad por objeto ilícito, porque al efecto se pronunció sobre la legalidad del acto por medio del cual la entidad lo terminó unilateralmente por ilegalidad.

⁷ Entre otras providencias de la Sala cabe consultar las sentencias proferidas el 10 de agosto de 2001, expediente 15862 y 6 de junio de 2002, expediente 20634.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

. Cuando el tribunal de arbitramento declaró el incumplimiento contractual de la Lotería por haber terminado anticipadamente el contrato, desconoció la presunción de legalidad del acto por medio del cual la entidad lo terminó unilateralmente.

2.1.1 Condiciones de procedencia de esta causal

Por incongruencia del laudo

Esta causal desarrolla el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, que establece:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

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

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

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”

Por virtud de ese principio, la decisión proferida por el Tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral determinada por el pacto arbitral, la demanda y la



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

oposición del demandado, y comprendida dentro de las facultades y competencias que confiere la constitución y la ley a los árbitros.

Son entonces las partes quienes señalan de manera expresa los límites dentro de los cuales los árbitros pueden actuar en forma congruente, puesto que si hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes o no atienden, ni resuelven todo lo que se les ha pedido, violan este principio.⁸

La congruencia de las providencias judiciales se establece mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, teniendo en cuenta que la materia litigiosa, comprende también los asuntos que el legislador atribuye al juez y que son complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente.⁹

De conformidad con lo anterior, la inconsonancia se presenta por una cualquiera de las siguientes hipótesis:

- Cuando el laudo decide más allá de lo pedido (*ultra petita*).
- Cuando en el laudo se decide sobre puntos no sometidos a litigio (*extra petita*).
- Cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal de arbitramento o sobre las excepciones propuestas por el demandado (*infra o citra petita*).

Por incompetencia del Tribunal de Arbitramento

La Sala ha considerado que la aludida causal cuarta comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad de los

⁸ Al efecto pueden consultarse sentencias del 15 de mayo de 1992, expediente 5326 y del 25 de febrero de 1999, expediente 14499.

⁹ Sobre este aspecto conviene tener en cuenta lo afirmado por la Sala en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2004, expediente 25.560, actor: Sociedad Centrimed. CP: Dr Germán Rodríguez.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

actos administrativos, en el entendido de que esta materia no es transigible. Así en sentencia proferida el 23 de febrero de 2000, explicó:

*“(…)no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley.”*¹⁰ (Subraya por fuera del texto original)

Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró, en la providencia precitada que la justicia arbitral carece de facultad legal para juzgar la legalidad de los actos administrativos “*en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción. (…)*”

¹⁰ Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

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

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

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

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

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

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



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

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

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

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

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

Las anteriores posturas fueron reiteradas recientemente por la Sala entre otras¹¹, en sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34912, cuando concluyó:

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

¹¹ Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; expediente 34.193.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

2.1.2 La incompetencia alegada con fundamento en esta causal

La lotería de Santander alegó que, cuando el tribunal de arbitramento resolvió las pretensiones de incumplimiento propuestas por los sujetos convocados, en la demanda de reconvención, se pronunció sobre la legalidad del acto administrativo por medio del cual dicha entidad terminó unilateralmente el contrato por ilegalidad.

. El contrato celebrado entre las partes

El contrato celebrado entre las partes tuvo el siguiente objeto:

“PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: Es la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes ‘Chance’ en todo el territorio del Departamento de Santander, por un término de 5 años contados a partir del cuatro (4) de octubre de 2001, mediante el pago de los DERECHOS DE EXPLOTACIÓN del doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos mensuales, los cuales son fijados por la ley 643 de 2001, a favor de la CONCEDENTE y pago de otros costos (impresión talonarios, y 1% como gastos de administración)-, valores que serán cancelados por el CONSESIONARIO. Dicha actividad se ejercerá bajo la dirección, supervisión y control de LA CONCEDENTE de conformidad con las normas legales que regulan la materia y los términos de este contrato.”

El plazo pactado fue de “cinco (5) años a partir del 4 de octubre de 2001 y hasta el 3 de octubre de 2006.” (cláusula segunda) y se fijó como valor del contrato: “para todos los efectos legales y fiscales el valor de este contrato se estima en la suma de CUATRO MIL SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS MCTE. (\$4.076.784.000), suma que corresponde a los derechos de explotación estimados para el primer año. PARÁGRAFO. El valor aquí fijado está supeditado a los parámetros establecidos por el Gobierno Nacional como el porcentaje de los derechos de explotación que no compete fijar a la LOTERÍA SANTANDER y que las partes aquí contratantes conocen y aceptan de antemano” (fols. 6 y 7 Tomo 1).

. El pacto arbitral



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Está contenido en la cláusula décima cuarta del contrato N° 00032 de 2001, que establece lo siguiente:

“DÉCIMA CUARTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA: Todas las diferencias que puedan surgir relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación serán sometidas a la decisión de árbitros designados por las partes contratantes, de los centros de arbitramento institucional, de las asociaciones profesionales o universitarias, gremiales o de las Cámaras de Comercio. El Tribunal de Arbitramento constituido se sujetará a lo dispuesto en las disposiciones legales vigentes al momento de su legalización, de acuerdo con los siguientes lineamientos o reglas: 1. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. 2. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del Tribunal se sujetará a las disposiciones vigentes sobre la materia 3. El Tribunal decidirá en derecho.”

. La terminación unilateral del contrato

El contrato se terminó unilateralmente mediante Resolución N° 359 de 2004, expedido por la Lotería de Santander; de su texto se destaca lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la terminación unilateral del contrato de concesión N° 000322001 para la explotación del juego de las apuestas permanentes de chance suscrito entre la Lotería Santander y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander ENAPUESTAS U.T.

ARTÍCULO SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, LIQUIDAR en el estado en que se encuentre, el contrato referido.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del Código Contencioso Administrativo.” (Fols. 8 -10 Tomo I.)



2.1.3. La naturaleza del acto por medio del cual la Lotería de Santander declaró terminado el contrato

2.1.3.1 Regulación y Fundamentos de la terminación unilateral por ilegalidad

El artículo 45 de la ley 80 de 1993 prevé

“De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, y por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

El artículo 44, referido en la precitada norma, que regula las causales de nulidad absoluta, dispone en los numerales 1, 2 y 4, que los contratos son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.

2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.”

Se tiene entonces que, cuando se produce un evento configurativo de nulidad absoluta del contrato por la ocurrencia de una cualquiera de las referidas causales 1, 2 o 4, la Administración no sólo puede declarar terminado el contrato, sino que DEBE HACERLO. Se constituye, por tanto, en una norma que establece un imperativo de obligatorio cumplimiento.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Esta disposición tiene su antecedente próximo en el artículo 13 del decreto ley 222 de 1983, en el cual se previó lo siguiente:

“De las sanciones a los contratos celebrados contra expresa prohibición. La contravención de las prohibiciones establecidas en este estatuto, obligará al representante legal de la respectiva entidad a dar por terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna, la entidad, además hará efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato...”

La figura que se analiza es una modalidad de terminación anormal del contrato, que difiere de la declaratoria judicial de nulidad absoluta, porque en este último caso el vínculo contractual desaparece desde la fecha en que el contrato se perfeccionó, esto es, produce efectos ex tunc, como si el contrato nunca se hubiera celebrado¹². En cambio la terminación unilateral produce efectos hacia el futuro, en el entendido de que las consecuencias jurídicas del contrato hasta allí producidas se mantienen y queda el contrato en estado de liquidación.

La terminación unilateral del contrato no produce las restituciones mutuas y no está sometida a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la ley 80, toda vez que esta norma regula efectos de la nulidad absoluta del contrato, figura que, como se indicó, es claramente distinta a la que se analiza.

La terminación unilateral por ilegalidad también debe distinguirse de la terminación de que trata el artículo 17 de la ley 80 de 1993, que se funda en exigencias del servicio público, situación de orden público, muerte o incapacidad física del contratista, porque si bien es cierto que ambos eventos están consagrados como potestades públicas fundadas en la satisfacción del interés público, que se ejercen unilateralmente en virtud

¹² En sentido contrario, Rodrigo Escobar Gil, en su libro Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Ed. Legis, 1ª edición, 1999, Bogotá, pág. 380 y 381. Considera este autor que la Administración puede declarar la nulidad administrativa del contrato, “en ejercicio de la autotutela declarativa”.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

de la competencia para ello, la terminación unilateral por la ilegalidad el contrato¹³, no produce compensación ni reparación al contratista, pues no se trata de un evento que le genere derechos o que comprometa la responsabilidad del Estado. El legislador previó como efecto la extinción de la relación contractual y la consecuente liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

La terminación unilateral por ilegalidad, es una medida que se fundamenta en la necesidad de evitar que la entidad ejecute o continúe con la ejecución de un contrato que está afectado por vicios graves de invalidez, la cual debe ser adoptada, sin perjuicio de que se intente la correspondiente acción de nulidad absoluta, con el ánimo de disolver retroactivamente el vínculo contractual y obtener así las restituciones mutuas a que haya lugar.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Carta Política, toda la actuación del Estado está sujeta a las prescripciones constitucionales y legales que determinan las funciones de sus órganos y la forma de ejercerlas, de manera que, en orden a preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales, la Administración tiene el deber de declarar terminado unilateralmente el contrato, cuando advierta la ocurrencia de alguna de las precitadas causales de invalidez.

La razón de ser de la terminación unilateral del contrato que prevé el artículo 45 de la ley 80, debe entonces buscarse en los fines que orientan la contratación estatal, particularmente en el deber de satisfacer el interés público; de manera que, si el contrato está incurso en cualquiera de los vicios a que aluden las causales 1, 2 y 4 del

¹³ Escobar Gil, quien como se indicó, considera que la figura que se analiza equivale a la nulidad administrativa del contrato, encuentra procedente la responsabilidad del Estado por la ilegalidad del contrato cuando el vicio se produjo por una conducta dolosa o culposa de la Administración; Ob. Cit. Pág. 387.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

artículo 44 de la ley 80, el propio interés público impone su inmediata terminación, en acatamiento de las aludidas condiciones de ley.

Al efecto cabe tener en cuenta lo expuesto por la Sala en sentencia proferida por el 2 de mayo de 2007, expediente 15.599:

“Desde esta perspectiva resulta claro que el jefe o representante de la entidad estatal contratante se encuentra en el deber legal de declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público, cuando quiera que se compruebe la existencia de alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º de la Ley 80 de 1993, sin embargo, no podrá ejercer esta facultad, aunque existiere un vicio de nulidad absoluta que afectare la legalidad del contrato, cuando la situación irregular no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en los tres numerales antes referidos, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por lo tanto, en esos otros eventos la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

En virtud del principio de legalidad¹⁴, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

(....)

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda

¹⁴ La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” (Derecho Administrativo, .Biblioteca Jurídica Aguilar Traducción de la sexta edición francesa, 1980, Madrid, Pág. 219.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.”

Con fundamento en todo lo expuesto la Sala precisa así, que la terminación unilateral del contrato por ilegalidad se adopta mediante un acto administrativo; que esta decisión misma es diferente en cuanto a su contenido y a sus efectos a la nulidad judicial del contrato; que la terminación unilateral no produce restituciones mutuas, que extingue el contrato a partir de la ejecutoria del acto que así lo declara y lo deja en estado de liquidación.

2.1.4. La terminación unilateral del contrato de concesión de apuestas permanentes en el presente caso

2.1.4.1. El contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes

La ley 1a de 1982¹⁵, expedida con fundamento en el artículo 31 de la Constitución de 1886, autorizó a las loterías establecidas por la ley o a las beneficencias que las administren, "*para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero*", los cuales podrían "*ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares*".

¹⁵ Reglamentada por el Decreto 0033 de 1984.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Posteriormente, la explotación de los juegos de suerte y azar fue regulada en el artículo 336 de la Constitución Política de 1991, dentro de los monopolios que se establecen como arbitrio rentístico, con la finalidad de satisfacer el interés público y social. Al efecto dispuso la destinación exclusiva de las rentas obtenidas con dicha explotación a los servicios de salud.

La misma norma defirió a la ley la fijación del régimen propio de cada monopolio, particularmente en lo que respecta a su organización, administración, control y explotación.

La ley 80 de 1993 tipificó el contrato de concesión como el negocio jurídico por medio del cual el Estado puede encomendar a terceros la explotación de una actividad que constitucional y legalmente le pertenece. Así, en su artículo 32 numeral 4°, dispuso: *"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."*

Y en consideración a la especial naturaleza y al fundamento del contrato de concesión, la Sala, en varias oportunidades,¹⁶ ha precisado que el contrato de concesión no sólo se celebra con el objeto de trasladar a los particulares la prestación de servicios públicos, sino también la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se asignan al Estado o cualquiera de las entidades públicas, como sucede con la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio.

¹⁶ Al respecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 19 de junio de 1998, expediente 10.217.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

La ley 643 de 2001 actualmente regula la explotación de los juegos de suerte y azar, a cuyo efecto desarrolla la finalidad en que se sustenta, cual es la contribución eficaz a la financiación del servicio público de salud. Objetivo que, conforme lo explicó la Sala, impone la *“... racionalidad económica en la operación y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesaria para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio; iii) la vinculación de la renta a los servicios de salud, dado que la razón de ser del monopolio es precisamente la financiación de los servicios de salud.”*¹⁷

En desarrollo de esa finalidad prevista en la Constitución Política, que la ley reguló expresamente el derecho que adquiere la entidad pública al celebrar el contrato de concesión y que denominó derecho de explotación, como *“un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la ley”* (Art. 8 ley 643 de 2001).

Respecto del contenido de ese derecho, la ley dispuso expresamente que los concesionarios debían pagar *“mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.”* (Art. 23 de la ley 643 de 2001).

2.1.4.2 Análisis de la Sala

En consideración a que, como se explicó, el contrato de Concesión de Apuestas permanentes está regido por la ley 80 de 1993; como quiera que el contrato de concesión está contenido dentro del grupo de contratos respecto de los cuales se prevén poderes excepcionales para la entidad y toda vez que uno de estos es el de terminación unilateral del contrato, la Sala concluye que el acto por medio del cual una entidad concedente decide terminar anticipadamente un contrato, es un verdadero acto administrativo porque comporta el ejercicio de una prerrogativa legal.

¹⁷ Al efecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 16 de marzo de 2006, expediente AP 239.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

En efecto, la Sala en varias providencias ha precisado esa naturaleza de los actos a través de los cuales el Estado contratante ejerce un poder excepcional:

el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.”

(...)

Derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.”¹⁸ (Subraya ahora la Sala)

En el caso concreto la Lotería de Santander en ejercicio de las facultades previstas en la ley, decidió terminar unilateralmente el contrato estatal de concesión de apuestas permanentes, mediante un acto que, por expedirse en ejercicio de prerrogativas legales, es claramente administrativo, se presume legal y goza del carácter ejecutivo, que hace posible que la administración pueda ejecutarlo de inmediato (Art. 64 CCA).

Tales actos administrativos contractuales son pasibles del recurso de reposición y de las acciones contencioso administrativas que se promueven ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 77 del estatuto contractual que establece:

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

¹⁸ Al efecto cabe consultar la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2006, expediente 30.832; actor: Asesoramos SCA.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

2.1.5 Los cargos de anulación por incompetencia

La Lotería de Santander afirmó que cuando el tribunal de arbitramento resolvió las pretensiones de nulidad absoluta de contrato que ella formuló y las pretensiones de incumplimiento contractual que propusieron los miembros de la Unión Temporal con fundamento en la terminación anticipada del contrato, se pronunció sobre la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato de concesión de apuestas permanentes.

Ahora bien, definida la naturaleza del acto por medio del cual la Lotería de Santander declaró terminado el citado contrato, procede la Sala a revisar los fundamentos del laudo acusado, con el objeto de establecer la configuración de la causal alegada.

2.1.5.1 Análisis en el laudo de la pretensión de nulidad absoluta que formuló la convocante

La Lotería de Santander convocó al tribunal de arbitramento para que declarara la nulidad absoluta del contrato de concesión 00032 suscrito el 7 de septiembre de 2.001 entre dicho ente y la Unión Temporal Empresarios Unidos de Apuestas de Santander ENEAPUESTAS U.T. por haberse celebrado contra expresa prohibición legal por cuanto violó lo previsto en el artículo 7 de la ley 643 de 2001.

Para resolver esta pretensión el Tribunal expuso, entre otras, las siguientes consideraciones:

i) El contrato de concesión celebrado con uniones temporales, para la explotación del juego de chance no está expresamente prohibido por la ley

Se afirmó en el laudo que el contrato de concesión no está prohibido expresamente ni por la Constitución ni por la ley, “*por el contrario, aquel encuentra pleno respaldo constitucional en lo previsto por el artículo 336 de la carta magna y en lo dispuesto por la ley 643 de 2001 con sus Decretos Reglamentarios. En consecuencia*



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

no se puede subsumir el contrato mencionado en la causal de expresa prohibición constitucional o legal para celebrar el contrato en mención de que trata el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 invocado por la convocante como sustento de su pretensión de nulidad absoluta.”¹⁹

ii) El contrato de concesión de apuestas permanentes suscrito con una unión temporal adolece de nulidad absoluta porque se celebró con quien no tenía capacidad de obrar. Dijo al efecto el Tribunal:

“el vicio de que adolece el contrato materia de este litigio genera nulidad absoluta conforme al artículo 1504 inciso 3° y 1741 del CC por haberse celebrado con quien no tenía capacidad para obrar como lo fue la Unión Temporal, que aún teniendo capacidad jurídica para contratar con el Estado, la ley 643 de 2001, norma especial de régimen propio, le restringió esta capacidad para obrar respecto de un contrato específico como lo es el de concesión para la operación de juegos de suerte y azar y más concretamente para el de juegos de apuestas permanentes o chance.

(...) No pueden las partes por ratificación, dejar sin efecto una norma de carácter especial, imperativo, de orden público e interés social, ni pueden desconocer la norma mediante ratificación de un contrato que la contradice, tampoco el transcurso del tiempo valida el contrato ya que mientras la norma imperativa del artículo 7 de la ley 643 de 2001 exista, se mantiene la violación a la misma de continuar fungiendo como concesionaria un ente que no tiene legitimación negocial para ser concesionaria.

No considera el Tribunal por lo ya expuesto que el error se haya dado respecto “a la calidad o estado de las personas’ error que consagra el artículo 1.741 del Código Civil en su inciso 1 parte final, ya que esto hace suponer la existencia de la persona misma de quien se predica la calidad o estado siendo que la unión temporal no es persona peses a tener capacidad jurídica para obrar, luego no puede predicarse de ella un estado o calidad de acuerdo con el sentido y alcance de la norma antes citada.

¹⁹ Pág. 50 de laudo.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Pues bien, visto el objeto del contrato de concesión suscrito entre la Lotería Santander y la Unión Temporal ENAPUESTAS UT es claro que aquél este (sic) versa sobre una materia que solo podía ser contratada con una persona jurídica de conformidad con el artículo 7° de la ley 643 de 2001; no hay duda que el mencionado contrato se celebró en contravía de la disposición antes señalada razón por la cual el contrato de concesión N° 00032 de 2001 está incurso en la causal de nulidad absoluta como se explicó en los parágrafos anteriores.”²⁰

Cabe igualmente señalar que el tribunal también abordó el tema de la validez del contrato, al resolver la excepción de inexistencia de fundamentos de hecho y de derecho de la nulidad absoluta propuesta por uno de los miembros de la Unión Temporal.

Así en respuesta a la excepción propuesta por uno de los convocados con fundamento en que si bien el inciso 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 autoriza al Representante Legal de la Lotería para terminar unilateralmente el contrato, “es claro que esta norma no podía ser interpretada y aplicada arbitrariamente, si no que debía hacerse respetando nuestro ordenamiento jurídico”, sostuvo el tribunal de arbitramento que había concluido “con la no existencia de la nulidad absoluta en el contrato de concesión²¹”.

Con fundamento en todo lo anterior el tribunal de arbitramento decidió decretar la nulidad absoluta del contrato, pero no por la causal de ilegalidad propuesta por la Lotería de Santander en su demanda, que corresponde a la que tuvo en cuenta para motivar la terminación unilateral del contrato por ilegalidad – *haber celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal prevista en el num. 2 artículo 44 ley 80 de 1993* -, sino por el vicio consistente en haber celebrado el contrato con quien no era legalmente capaz. En el laudo se concluyó, previo recuento de normas legales, que:

²⁰ Pág. 66 del laudo.

²¹ Pág. 73 de laudo.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

“es claro para el Tribunal que no existe prohibición expresa legal o constitucional respecto de la naturaleza del contrato en estudio, en cuanto a su objeto y su causa por las consideraciones antes expuestas, debiendo el Tribunal ocuparse del análisis de la norma especial que regula el régimen propio de apuestas permanentes o chance para definir si en esta norma de carácter especial existe o no prohibición expresa para la celebración del contrato aludido por causas diferentes a la naturaleza, objeto y causa que como ya se dijo, son lícitas y no están prohibidas por la ley ni por la Constitución.

(...)

...en el caso que nos ocupa se generó por error de la administración, el llamamiento a participar en la licitación a la unión temporal ignorando el artículo 7 de la ley 643 de 2001, lo que condujo a que se pasara por alto la falta de capacidad particular para obrar que afectaba a la proponente y luego concesionaria.

Lo antes expuesto nos hace concluir que el vicio de que adolece el contrato materia de este litigio genera nulidad absoluta conforme al artículo 1504 inciso 3 y 1741 del CC por haberse celebrado con quien no tenía capacidad para obrar como lo fue la Unión Temporal que aún teniendo capacidad jurídica para contratar con el Estado, la ley 643 de 2001, norma especial de régimen propio le restringió esta capacidad para obrar respecto de un contrato específico como lo es el de concesión para la operación de juegos de suerte y azar y mas concretamente para el de juegos de apuestas permanentes.”²²

Lo anterior resulta suficiente a la Sala para considerar que al descartar la pretensión de nulidad absoluta del contrato, que propuso la Lotería de Santander con fundamento en la ocurrencia de la causal prevista en el numeral 2, artículo 44 de la ley 80 de 1993 y al considerar que la nulidad se derivaba de un vicio tipificable en previsiones normativas distinta, el tribunal de arbitramento se pronunció sobre la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato.

²² Pág. 65 del laudo.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

2.1.5.2 Análisis en el laudo de las pretensiones de incumplimiento que formularon las convocadas en su demanda de reconvención

En reconvención los convocados pidieron que se declarara el incumplimiento del contrato por su terminación anticipada, al efecto invocaron la violación de sus derechos legales y contractuales, como también la reparación de los perjuicios derivados de esa decisión.

Consta en las correspondientes demandas las siguientes peticiones:

De Álvaro Garzón Serrano y Otros.

“DECLARACIONES PRINCIPALES

1.1. Que se declare que el contrato de concesión de juegos de apuestas permanentes ‘chance’, de fecha 7 de septiembre de 2001, celebrado entre la lotería de Santander y la UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER – ENAPUESTAS UT-, integrada, entre otras, por las personas jurídicas y naturales antes referenciadas, constituye un instrumento jurídicamente válido; en tal virtud generador de derechos y obligaciones entre las partes, el cual tiene un término de duración de (5) años, que vence el 3 de octubre de 2006, plazo que constituye una condición obligatoria establecida en el pliego de condiciones de la licitación y en el contrato.

1.2. Que la Lotería de Santander, incumplió el mencionado contrato de concesión, al haber impedido que mis mandantes, como integrantes de la unión temporal referida, ejecutaran el contrato durante el plazo contractual pactado.

De Luis Eduardo León Prieto.

“PETICIONES PRINCIPALES

2. Declárese que la Lotería de Santander, incumplió el anterior contrato al terminarlo abrupta y unilateralmente mediante resolución N° 359 del 30 de agosto



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

de 2004, confirmado mediante Resolución N° 418 del 12 de octubre del mismo año, actos administrativos que se encuentran debidamente ejecutoriados y produciendo plenos efectos legales.

3. *Declárese que, en desarrollo del proceso licitatorio para la adjudicación de dicho contrato, la Lotería de Santander incurrió en culpa in contrahendo al convocar a las Uniones Temporales legalmente domiciliadas y constituidas en Colombia a participar en él, hecho imputable solamente a la propia administración y no al aquí demandante.*

4. Declárese que esa culpa in contrahendo imputable a la administración, dio origen al incumplimiento de su obligación, como era la de garantizar la estabilidad y permanencia del contratista durante el término contractual pactado, por lo que está obligada a indemnizar los perjuicios causados al contratante aquí demandante, según estimación anticipada realizada por la Cooperativa de Egresados de la Universidad Industrial de Santander "COASEDUIS" que se determinan en el capítulo respectivo o lo que más se demuestre. Los perjuicios de orden moral, dada su gran dimensión., serán determinados por el tribunal arbitral, en suma no inferior a mil salarios mínimos mensuales y se solicita respetuosamente al Tribunal fijarlos según lo estipulado por el artículo 16 de la ley 446 de 1998.(...)"(fols. 528 a 552 c.1)

De Blanca Nubia Ochoa Molano.

PETICIONES PRINCIPALES.

1. *Declárese que entre la Beneficencia de Santander, hoy Lotería de Santander, y la Unión Temporal de Empresarios Unidos de Apuestas Santander – "ENAPUESTAS U.T." de la cual hace parte la señora BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO, existió un contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes "chance" en todo el departamento de Santander, identificado con el N° 00032, firmado el día siete (7) de septiembre de 2001, por un término de cinco años, contados a partir del cuatro (4) de octubre de 2001, hasta el día tres (3) de octubre de 2006, el cual fue suscrito por ENAPUESTAS*



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

U.T. con la convicción de buena fe de ser un instrumento jurídico completamente válido.

2. Declárese que la Lotería de Santander, incumplió el anterior contrato al terminarlo de manera abrupta y unilateralmente mediante resolución N° 359 del 30 de agosto de 2004, confirmado mediante Resolución N° 418 del 12 de octubre del mismo año, actos administrativos que se encuentran debidamente ejecutoriados, produciendo plenos efectos legales, lo cual impidió que ENAPUESTAS U.T., lo siguiera cumpliendo durante todo el plazo contractual pactado.

3. (...)

4. (...)

PETICIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERA. En caso de no prosperar las anteriores peticiones principales, respetuosamente solicito que en subsidio se declare que el contrato de concesión que ha dado origen a este proceso no está viciado de nulidad absoluta, sino de nulidad relativa que se encuentra saneada por el transcurso del tiempo.

SEGUNDA. Que en consecuencia, la lotería de Santander no podía terminar válidamente el contrato y, al hacerlo sin justificación legal, incurrió en un incumplimiento contractual que la obliga a indemnizar los perjuicios ocasionados al contratista en la cuantía aquí reclamada o en al que se demuestre. (...)

De lo anterior se infiere fácilmente que los miembros de la Unión Temporal que formularon demanda de reconvención, sometieron a revisión del tribunal de arbitramento el acto administrativo por medio del cual la Lotería de Santander decidió terminar unilateralmente el contrato con fundamento, como quiera que fundamentaron las pretensiones de incumplimiento, precisamente en el daño consistente en la privación del derecho a ejecutar la totalidad del contrato por su terminación anticipada.

Se destaca además que al exponer los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones, cuestionaron los motivos y consideraciones del acto por medio del cual la Lotería terminó unilateralmente el contrato de concesión.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Concluye así la Sala que, a pesar de no manifestar expresamente una pretensión de nulidad conforme lo prevé la ley, si sometieron a consideración de los árbitros el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho de las resoluciones de terminación unilateral.

Ahora bien, el tribunal de arbitramento, al pronunciarse sobre los fundamentos de las aludidas pretensiones de incumplimiento y en particular sobre la falta de comprobación de la causal invocada en el acto administrativo de terminación unilateral, consistente en *haber celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal* (num. 2 artículo 44 ley 80 de 1993), consideró:

“Para el Tribunal es claro que la nulidad aquí configurada no permitía a la administración asumir en vía administrativa su declaratoria y por tanto la terminación y liquidación ya que esta nulidad es la que requiere declaración judicial. Por tanto la Lotería de Santander al haber procedido como lo hizo, actuó en forma antijurídica ya que procedió a dar por terminado el contrato de concesión y lo antijurídico está dado al haber procedido la convocante a finiquitar la relación contractual tomando como fundamento una causal inexistente y que no es adecuado al mandato ni a las situaciones previstas en la ley 80 de 1993.

(...)

De conformidad con las disposiciones antes mencionadas, es claro que la administración no puede adoptar decisiones irrazonadas o fundadas en el solo capricho de la autoridad respectiva. Aquellas deben atender siempre al objetivo de servir a los intereses generales, y en sustento debe resultar coherente con la garantía de los principios citados. Es por esta razón que el Código Contencioso prevé, en su artículo 36, que aún tratándose de decisiones discrecionales, estas deben ser adecuadas a los fines de las normas que las autorizan y proporcionales a los hechos que les sirven de causa.”²³

²³ Fols. 158 y ss del laudo.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

De la simple lectura del laudo advierte la Sala que los árbitros encontraron viciado el acto por medio del cual se declaró la terminación anticipada del contrato. Al efecto descalificaron los motivos de hecho y de derecho en que se fundó, señalaron irregularidades típicas de la falsa motivación y de la desviación de poder de un acto administrativo, con fundamento en todo lo cual accedieron a las pretensiones declarativas y de condena que fundamentaron los convocados en el daño consistente en la privación del derecho a ejecutar el contrato por todo el plazo inicialmente acordado, derivado del acto administrativo de terminación unilateral del contrato que profirió la Lotería de Santander.

2.1.5.3. Análisis de la Sala sobre la incompetencia alegada

Con fundamento en todo lo expuesto la Sala encuentra claramente demostrado que el tribunal de arbitramento obró sin competencia legal al pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato, si se tiene en cuenta que:

i) la entidad terminó unilateralmente el contrato estatal de concesión de apuestas permanentes No 00032 del 7 de septiembre de 2001, mediante resoluciones 0032 y 0034 de 2004, con fundamento en que el contrato se había celebrado contra expresa prohibición legal (causal 2 artículo 44 ley 80 de 1993);

ii) el laudo consideró probada la nulidad absoluta del contrato, pero no por la violación de expresa prohibición legal;

iii) el laudo declaró la responsabilidad contractual de la Lotería de Santander por terminar anticipadamente el contrato de concesión de apuestas permanentes, cuando no estaba comprobada la causal consistente en haber celebrado el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal:

Lo anterior permite a la Sala considerar debidamente acreditados los supuestos de prosperidad de la causal contenida en el numeral 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Precisa además que los árbitros carecían de competencia para analizar la validez del contrato con fundamento en una causal de nulidad absoluta, distinta a la contenida en el acto administrativo de terminación unilateral, como quiera que este acto administrativo goza de la presunción de legalidad, desvirtuable únicamente dentro de un proceso en el que se pida expresamente la nulidad del mismo, que no podría adelantarse ante un tribunal de arbitramento, como ya se explicó.

En efecto, es inepta la demanda que se formule con el objeto de que un juez revise la ilegalidad de un contrato, que se sustenta en una causal de nulidad distinta a la contenida en un acto administrativo de terminación unilateral del contrato proferido por la Administración. Cuando existe un acto de terminación unilateral del contrato fundada en una de las causales a que alude el artículo 45 de la ley 80 de 1993, solo es dable demandar la nulidad del mismo, con sustento en otra causal de invalidez, previa demanda de la resolución correspondiente.

La Sala en abundantes providencias²⁴ ha considerado que, cuando el análisis de una pretensión impone realizar un cuestionamiento respecto del contenido de un acto administrativo que no se demandó, se produce la ineptitud de la demanda que impide conocer la parte sustancial del proceso y pronunciarse sobre lo pedido. Ha señalado²⁵ que si el contratista no impugna el acto administrativo por medio del cual la Administración liquidó el contrato unilateralmente, ya sea mediante los recursos de la vía gubernativa o de las acciones de lo contencioso administrativo, las decisiones adoptadas en tal acto son intangibles y se tornan inmodificables:

“(...) El hecho de que la acción sea contractual, como el mismo demandante lo advierte en su escrito de alegaciones, no impedía la impugnación de los actos comprensivos de dicha liquidación, ya que la presencia del acto contractual que en

²⁴ Entre otras cabe consultar las sentencias proferidas el día 15 de marzo de 1991, expediente 6.053 y el 5 de diciembre de 2007; expediente 14460.

²⁵ Pueden consultarse entre otras: sentencia 9818 del 15 de agosto de 1996; sentencia 8827 del 8 de febrero de 1996; sentencia 8857 del 9 de mayo de 1994 entre otras.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

*alguna forma incida o afecte la relación negocial, no convierte la acción en una de nulidad o de nulidad y restablecimiento, como lo ha reiterado la jurisprudencia”.*²⁶

Aspecto que explica la doctrina:

“Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer las demandas, se requieren algunas condiciones que se llaman presupuestos procesales. No sólo deben existir tres sujetos un órgano investido de jurisdicción ordinaria y dos partes reconocidas por el derecho como sujetos de derecho (capacidad para ser parte), sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad competencia de los órganos jurisdiccionales; capacidad procesal de las partes, y en algunos casos el poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien a otros, lo que se llama sustitución procesal.

*(...) Faltando una de estas condiciones, no nace la obligación del juez de proveer en el fondo. Aún en este caso tiene una obligación el juez: la de declarar la razón por la cual no puede proveer.”*²⁷

Considera también la Sala que el tribunal de arbitramento obró con incompetencia al pronunciarse sobre las pretensiones de incumplimiento que propusieron los sujetos convocados, porque su análisis imponía analizar la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato. Como se advirtió el tribunal, al declarar la responsabilidad contractual de la Lotería de Santander, con sustento en que la terminación anticipada del contrato se produjo en forma irregular, desconoció los efectos de un acto administrativo que se reputa legal.

Lo anteriormente expuesto permite a la Sala concluir que la causal 4, que sustentó la Lotería de Santander en que los árbitros actuaron por fuera de los límites de su competencia, está debidamente configurada.

²⁶ Sentencia proferida el 15 de agosto de 1996, expediente 9818, actor: Sociedad Icoin Ltda

²⁷ José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Editorial Reus S.A., Madrid. 1977; tomo I, págs. 125 y 126.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

Precisa igualmente que no resulta procedente analizar la prosperidad de esta misma causal, sobre el supuesto de que el laudo fue incongruente, porque se pronunció *mas allá de lo pedido* por las partes, toda vez que el asunto, como se vio, está vinculado al fenómeno de la incompetencia, como quiera que los árbitros carecen de la función legal de revisar la legalidad de los actos administrativos.

Aceptar lo argumentado por la Lotería para creer que el laudo está viciado por incongruencia, conduciría al equívoco de creer que, de haber sido pedido por las partes, los árbitros habrían podido realizar un juicio de legalidad del acto. En este punto, remite la Sala a lo expuesto precedentemente, toda vez que ni siquiera los jueces naturales del acto administrativo son competentes para pronunciarse respecto del fondo del litigio, cuando las pretensiones imponen la revisión de un acto administrativo que no se demandó.

Advierte además que la prosperidad de la causal que habrá de declararse, excluye el análisis de su procedencia fundada en que el laudo comprendió pronunciamientos sobre la legalidad del acto de adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes, toda vez que la decisión arbitral no se sustentó en la ilegalidad y irregularidad de los actos previos al contrato.

Encuentra igualmente la Sala que la prosperidad del recurso formulado por la lotería de Santander excluye el análisis de los recursos presentados por miembros de la Unión Temporal convocada, como quiera que estos tenían por objeto la corrección, adición o complementación del laudo, en tanto no accedió a la totalidad de las pretensiones consecuenciales que formularon, con sustento en el presunto incumplimiento del contrato, que edificaron en la terminación anticipada del contrato.

Al declararse la nulidad de laudo que declaró probado el alegado incumplimiento, carece de sentido analizar los alegados yerros en que, aducen, incurrieron los árbitros al analizar y tasar los perjuicios derivados de la privación del derecho a ejecutar el contrato de concesión de apuestas permanentes, por el plazo inicialmente acordado en él.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

3. La decisión

Con fundamento en que tribunal de arbitramento obró sin competencia al resolver las pretensiones fundadas en la terminación anticipada del contrato, concluye la Sala que está configurada la causal prevista en el artículo 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993, toda vez que al proceder en ese sentido, el laudo comprendió aspectos que no estaban legalmente sometidos a la decisión arbitral. Por esta razón el recurso de anulación propuesto por la Lotería de Santander está llamado a prosperar.

Ahora bien, la prosperidad de dicha causal 4, fundada en la incompetencia de los árbitros para analizar la legalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato de concesión de apuestas permanentes conduce a anular el laudo, sin que resulte procedente la decisión de complementar o adicionar el laudo. Así lo ha señalado la Sala en anteriores oportunidades:

“...cuando se configura esta causal, ‘haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido’, y que refleja el desbordamiento de su competencia por parte del tribunal de arbitramento, lo que verifica el juez del recurso es que los árbitros expidieron disposiciones que no les correspondía adoptar y que por lo tanto, deben desaparecer del laudo, en caso de que se trate de una nulidad parcial del mismo [corrección], o que conducen a que sea declarado nulo en su totalidad, si el vicio lo cubre íntegramente; por esta razón, resulta improcedente la solicitud del recurrente que alega esta causal, y pide que una vez declarada la nulidad del laudo, se acceda a sus pretensiones, pues esa no es la consecuencia que se desprende de la configuración de la misma, la cual no da lugar a que el juez del recurso extraordinario de anulación profiera nuevas decisiones que reemplacen a las que



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

sean declaradas nulas, en caso de prosperar el recurso; como lo ha dicho la Sala²⁸:

*‘Contra el laudo arbitral que le ponga fin a dicho arbitramento, procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente contempladas en el artículo 72 de la misma ley (se refiere a la Ley 80 de 1993), que dan lugar a la anulación del laudo o, excepcionalmente, a su corrección, **en los casos de contener el laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento** (causales enlistadas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 72), ya que estas causales corresponden a las de los numerales 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 del mismo, como ya se vio, **dan lugar a la corrección o adición del laudo.**’ (...)*

Significa lo anterior, que la regla general, es que el laudo arbitral será anulado por el juez del recurso siempre que encuentre configurada alguna de las causales taxativamente contempladas por la ley, excepto en los eventos en los que la misma autoriza su corrección; es decir que, como lo manifestó la Sala en la providencia citada, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, en concordancia con lo establecido en el último inciso del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, no procederá la declaratoria de nulidad del laudo arbitral cuando se advierte la existencia de errores aritméticos o disposiciones contradictorias, pues en tal caso procederá la corrección de estas irregularidades y el laudo subsistirá; así mismo, si se trata de disposiciones que desbordaron la competencia del tribunal de arbitramento, habrá lugar también a corregir el laudo, pero en este caso, tal corrección consistirá en la declaratoria de nulidad parcial, que recaerá exclusivamente sobre tales disposiciones, subsistiendo el laudo arbitral en lo demás; y finalmente, si el vicio advertido es el de no haber decidido los árbitros

²⁸ "Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Expediente 26.887. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra."



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

*sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto, procederá, ahí sí, el juez del recurso, a **adicionar el laudo**, resolviendo aquellos extremos que fueron omitidos, único medio, en este caso, de efectuar la corrección del error in procedendo en que incurrió el laudo, que en este caso resulta viciado no por exceso, sino por defecto de la decisión; así lo ha establecido la Sala en otras ocasiones...” (Subraya la Sala).²⁹*

Providencia reiterada, entre otras en sentencia 34294 del 2008, así:

*“Por lo tanto, si el vicio 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 1993), cobija íntegramente el laudo arbitral por desbordamiento total de la competencia por parte del tribunal de arbitramento, tiene por efecto la declaratoria de nulidad de todo el laudo, pues, en estos eventos la corrección es la supresión de la parte viciada y el aniquilamiento de sus efectos, pero no se cuenta con la posibilidad de sustituir la decisión o adoptar nuevas decisiones que reemplacen las que sean declaradas nulas, facultad esta última que sólo está prevista para cuando el vicio es el de no haber decidido los árbitros sobre todas las cuestiones que debieron haber resuelto (No. 9 *ibídem*); es decir, no existe habilitación para entrar en el fondo del asunto y dictar un nuevo fallo total a la manera de una segunda instancia, dado que ese no es el sentido ni la naturaleza, según se explicó al comienzo de esta providencia, del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, remedio previsto para examinar que el proceso arbitral se prosiguió legalmente y que lo resuelto se ajustó y respetó los límites fijados a los árbitros, y en donde el juez de este medio de impugnación tiene un poder restringido para establecer nuevas disposiciones que no puede ejercer sino en los precisos eventos que la ley lo permite.”*

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de abril de 2008, Exp. 34.072, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

De conformidad con lo anterior y como quiera que se probaron los supuestos de prosperidad de la causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, la Sala declarará fundado el recurso y anulará en su totalidad el laudo impugnado.

Se precisa además que no procede la condena en costas como quiera que, por la prosperidad del recurso interpuesto por la Lotería de Santander, resultó improcedente el análisis de los cargos formulados por los miembros de la Unión Temporal.

Finalmente, como la causal que ha prosperado no tiene como consecuencia la pérdida de los honorarios pagados al árbitro, la Sala no se pronunciará en la parte resolutive respecto de ellos (inciso 4, artículo 40 decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998).

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

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE FUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la LOTERÍA DE SANTANDER contra el laudo proferido el 15 de mayo de 2007, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias presentadas entre LA LOTERÍA DE SANTANDER y LA UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER ENAPUESTAS U.T., por la prosperidad de la causal prevista en el numeral 4º del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **ANÚLASE** el laudo arbitral proferido el 15 de mayo de 2007, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias presentadas entre LA LOTERÍA DE SANTANDER y LA



Expediente 34.302
Recurso de anulación de laudo arbitral

UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS UNIDOS DE APUESTAS DE SANTANDER
ENAPUESTAS U.T.

TERCERO. Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE
ARBITRAMENTO A TRAVÉS DE SU SECRETARIA.**

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA