

Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

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

Radicación: 110010326000200800057 00

Convocante: ELECTROATLÁNTICO LIMITADA.

Convocado: MUNICIPIO DE RIOHACHA.

Ref. Recurso de anulación laudo arbitral (Exp.35.483).

Conoce la Sala de los recursos de anulación interpuestos por el Ministerio Público y la parte convocada contra el laudo arbitral proferido el 29 de abril de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Electroatlántico Ltda. y el Municipio de Riohacha.

ANTECEDENTES

1. Convocatoria

El 5 de junio de 2007 la sociedad **ELECTROATLÁNTICO LIMITADA**, presentó ante la Cámara de Comercio de la Guajira, la convocatoria para que un Tribunal de Arbitramento resolviera las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

Primera.- Que se declare que el MUNICIPIO DE RIOHACHA , en adelante EL MUNICIPIO, incumple sus obligaciones adquiridas a raíz de la ejecución del Contrato de Concesión del Servicio de Alumbrado Público, toda vez que no ha cancelado correctamente las sumas

debidas al contratista, correspondientes a su contraprestación contractual.

Segunda.- Que en consecuencia, se ordene al MUNICIPIO DE RIOHACHA al pago de las sumas de dinero que resulten probadas en este proceso, por concepto del saldo insoluto del contrato, desde la fecha de su iniciación hasta la fecha del correspondiente Laudo Arbitral.

Tercera.- Que como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE RIOHACHA al pago de las sumas resultantes debidamente actualizadas y con sus intereses de mora correspondientes, como manda la ley y la jurisprudencia nacional.

Cuarta.- Que se condene al MUNICIPIO DE RIOHACHA al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

Quinta.- Que se ordene al MUNICIPIO DE RIOHACHA a dar cumplimiento al laudo arbitral a partir de su ejecutoria y se les condene al pago de intereses moratorios a partir de tal fecha.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

Primera. Que se declare que el contrato de Concesión suscrito entre la sociedad ELECTROATLANTICO LTDA y el MUNICIPIO DE RIOHACHA, cuyo objeto es la Concesión del servicio de Alumbrado Público ha sufrido un desequilibrio financiero que el contratista no está en obligación de soportar.

Segunda. Que se condene al MUNICIPIO DE RIOHACHA, al pago de las sumas que con base en lo que se pruebe en este proceso originaron el desequilibrio financiero del contrato.

Tercera. Que como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE RIOHACHA al pago de las sumas resultantes debidamente actualizadas y con sus intereses de mora correspondientes, como manda la ley y la jurisprudencia nacional.

Cuarta. Que se condene al MUNICIPIO DE RIOHACHA, al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

Quinta. Que se ordene al MUNICIPIO DE RIOHACHA a dar cumplimiento al laudo arbitral a partir de su ejecutoria y se le condene al pago de intereses moratorios a partir de tal fecha.” (fols. 4 y 5 c. 1)

2. Contestación a la demanda.

El Municipio de Riohacha presentó escrito de contestación de la demanda arbitral en forma extemporánea. Se opuso a las pretensiones formuladas por la empresa convocante, reconoció como ciertos algunos hechos y negó la ocurrencia de otros. Planteó, también por fuera del término excepciones de: *i) Incumplimiento de las obligaciones del contratista, ii) Inexistencia del desequilibrio económico y iii) la inexistencia de desequilibrio* (fols.22 a 25 c.2)

3. Laudo arbitral

El Tribunal de Arbitramento, mediante el laudo impugnado decidió:

“PRIMERO.-Deniéguense las objeciones planteadas por el MINISTERIO PÚBLICO Y EL MUNICIPIO demandado, consistente en error grave conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declárese que el MUNICIPIO DE RIOHACHA, incumplió el contrato de Concesión para la prestación del servicio de alumbrado Público (sic) en la ciudad de Riohacha N° 110 de 1996 celebrado con el contratista ELECTRO – ATLÁNTICO LIMITADA en cuanto a los pagos pertinentes

TERCERO.- Condénese al Municipio de Riohacha a pagar al contratista ELECTRO ATLÁNTICO LIMITADA, a partir de la ejecutoria de este laudo, la suma de TRES MIL SETECIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (3.707.806.719.64) por concepto de capital, indexación e intereses moratorios adeudados desde Enero de 1997 fecha de inicio de la operación contractual hasta abril 29 de 2008, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva la cual se discrimina así:

A. Dos mil setecientos diecisiete millones sesenta y nueve mil novecientos cincuenta y cuatro pesos (2.717.069.954) capital adeudado desde la iniciación del contrato hasta mayo de 1.998 sin indexación ni intereses.

B. Novecientos noventa millones setecientos treinta y seis mil setecientos sesenta y cinco pesos con sesenta y cuatro centavos (\$990.736.765.64) suma esta correspondiente a capital, actualización del mismo más intereses desde junio del 98 al 29 de abril de 2.008.

CUARTO.- Condénese al municipio demandado al pago de los intereses moratorios que se produzcan por el capital adeudado a partir de la ejecutoria de este fallo.

QUINTO- Condénese en costas a la parte demandada en la cantidad de SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000) por concepto de honorarios de árbitros del Tribunal, su secretario, gastos del Centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de la Guajira y gastos de pericia.

SEXTO.- Condénese al demandado a pagar al demandante las agencias en derecho por la suma de TRECE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL PESOS (\$13.947.000) o sea el equivalente al valor de los honorarios de cada uno de los árbitros.

SÉPTIMO.- Absolver al Municipio de Riohacha de las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO.- Ordenar la protocolización de este expediente en una notaría de la ciudad de Riohacha y el registro del laudo ante la Cámara de Comercio de la Guajira” (fols.221 y 222 c. ppal)

4. Los recursos de anulación

4.1. Recurso interpuesto por el Ministerio Público

El Procurador 42 Judicial Administrativo presentó oportunamente el recurso de anulación con sustento en las causales 4 y 5 del artículo 72 de la

ley 80 de 1993: “*haberse concedido más de lo pedido*” y “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”

Sostuvo, respecto de la causal 5, que si bien el Municipio no contestó la demanda, la Convocante no demostró que cumplió cabalmente con sus obligaciones. Dijo que el Tribunal no puede pasar por alto esa circunstancia, que desconoció el deber de actuar oficiosamente en la búsqueda de la verdad, así como el hecho de que la empresa Convocante se enriqueció sin justa causa. Reiteró los argumentos que expuso en la objeción al dictamen pericial y sostuvo que este dista de la realidad. Agregó que no se acreditó la ejecución del contrato y, que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1609 del Código Civil y 306 del Código Procesal, el Juez se encuentra obligado a declarar la “*Exceptio non adimpleti contractus*”

En cuanto a la causal 4 citó lo dispuesto en el artículo 305 del C.P.C. “*Si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último*”. Dijo que, con fundamento en los otrosí números 1 y 3, el Municipio no debe al convocante ninguna suma de dinero por concepto de operación y mantenimiento preventivo y correctivo. Sostuvo:

“*(...) vemos como se le concede al accionante más de lo pedido, puesto que de sus conclusiones económicas numeral 2, le reconocen la suma de \$2.717.069.954, por concepto de Operación y Mantenimiento, desde el mes de enero de 1997 hasta el mes de mayo de 1998, si expresamente con el OTROSI Nº 1 del 13 de mayo de 1998, y el OTROSI Nº 3 del 24 de febrero de 2006, se renunció a cualquier reclamación económica. Y, por no haberse demostrado que realmente este servicio se presto (sic).*

No debe concedérsele e incorporar la suma de \$ 1.522.467.275, por concepto de suministro y montaje de las luminarias, según el formulario Nº 6, ni menos con fundamento en el OTROSÍ Nº 2 del 276 de mayo de 1998, porque ese documento afirma otra cosa. (...) Esta cláusula dijo cual era el valor del suministro e instalación de luminarias nuevas. Las que en armonía con las demás cláusulas se debe entender que, a mayo de 1998, no se habían suministrado; que tenía 24 horas para hacer el suministro e instalación de las mismas a partir del 27 de mayo de 1998; que las cantidades y forma de las luminarias que más adelante se especificarían! Prueba reina que el Tribunal no la ha considera de oficio. Debe ser que para una de ellas es claro que a partir del mes de mayo de 1998, se hizo el suministro de las luminarias y se instalaron, a pesar del OTROSÍ enunciado diga que el contratista tiene dos años para hacerlo (...)” (fols. 224 a 229 c. ppal)

4.2. Recurso interpuesto por la parte convocada.

El Municipio de Riohacha formuló recurso de anulación con fundamento en la causal prevista en el numeral 9, artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, que corresponde al numeral 5, artículo 72 de la ley 80 de 1993: “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”

Sostuvo que el convocante no demostró que cumplió con sus obligaciones derivadas del contrato, ni las fechas desde las cuales surge el derecho a cobrar los valores de inversión al contratista y que, a pesar de ello, el Tribunal dio por ciertos tales aspectos así como también encontró demostrado que las cantidades y oportunidades de desmonte, suministro, montaje, operación y mantenimiento de luminarias correspondían

exactamente a lo establecido en los formularios 6 y 7 de la propuesta. Sostuvo:

“No se entiende como se llega a establecer unos valores adeudados por el municipio sin que ello se haya demostrado en el proceso y declarado en el laudo esos aspectos fácticos; pues de lo contrario, se está condenando al Municipio de Riohacha a cancelar unas sumas de dinero por unas luminarias que no se sabe cuando las desmontaron, suministraron, montaron, operaron y le realizaron mantenimiento, en que cantidades y con que características, situación por lo demás grave, por cuanto los formularios 6 y 7 de la propuesta son supuestos y las sumas que condena a pagar al Municipio de Riohacha son realidades. En conclusión, condenan al Municipio de Riohacha a pagar por unos bienes y servicios que no están demostrados que los hayan recibido, en las cantidades y con las características señaladas en los formularios 6 y 7” (fols.230 a 235 c. ppal)

5. Trámite de los recursos.

5.1. Mediante auto proferido el 7 de julio de 2008, se avocó el conocimiento de los recursos interpuestos por el Ministerio Público y por el Municipio de Riohacha, parte convocada, y se dispuso el traslado común de 5 días a las partes y al Ministerio Público (fols. 241 a 242 c. ppal).

5.2. El Municipio de Riohacha presentó oportunamente sus alegatos mediante escrito en el que manifestó que la empresa convocante no acreditó el desequilibrio financiero deprecado. Dijo que la única prueba que pretendía demostrar tal desequilibrio, es un dictamen pericial aportado con la demanda, el cual fue fundamento para que el Tribunal le hallara la razón al convocante.

Agregó que ese dictamen se elaboró bajo el supuesto de que el contratista cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales a lo largo de la ejecución de la concesión y que ese presunto cumplimiento fue el que, según el dictamen y el laudo, generó contra el convocante el desequilibrio económico, pues se afirmó que el Municipio no le pagó las prestaciones a que tenía derecho.

Sostuvo:

“(…) aunque no era objeto de la experticia contable determinar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, lo cierto es que este hecho, es el que lo legitima para que con respecto a el se pueda predicar un desequilibrio en la ecuación financiera del contrato, y en consecuencia ordenar, como se hizo en el laudo, el pago de las sumas que equilibren las prestaciones económicas.

Si el cumplimiento cabal del objeto convenido es lo que coloca al contratista en posición legítima de reclamar una prestación debida por la parte contratante, entonces inevitablemente este hecho se convierte en una de las cuestiones que debía someterse al arbitramento, ya que por expreso mandato del artículo 1609 del C.C. (...) se trata de una situación que, como pocas, tiene el carácter de excepción, que puede ser declarada de oficio por el Juez.”

Expresó que desde el traslado del dictamen pericial, el Ministerio Público y el Municipio, advirtieron el incumplimiento del contratista, y lo pusieron del presente al Tribunal junto con las pruebas correspondientes, razón por la cual el Tribunal debía pronunciarse sobre ese aspecto, máxime

cuando la pretensión del demandante dependía de lo que resultare probado respecto a la mora en sus obligaciones. (fols. 253 a 258 c. ppal)

5.3. Dentro del término legal, la parte convocante presentó sus alegatos mediante escrito en el que precisó que de la convocatoria arbitral y de la demanda, se desprende claramente que los aspectos sometidos al Arbitramento conciernen a la eventual declaratoria, bien de un incumplimiento o de un desequilibrio financiero, atribuibles al Municipio de Riohacha. Agregó que al tenor del artículo 177 del C.P.C., en este caso le correspondía probar, bien la existencia del incumplimiento o la del desequilibrio, así como los perjuicios sufridos. Por su parte, al Municipio le correspondía acreditar o su cumplimiento o el incumplimiento del concesionario.

Analizó la actividad probatoria de las partes, del Ministerio Público y del propio Tribunal y concluyó que como se acreditó plenamente que no recibió los ingresos previstos para la ejecución y mantenimiento de la concesión, el Tribunal accedió a las pretensiones. Sostuvo que el Municipio actuó con negligencia e incumplió con las cargas procesales que le corresponden, toda vez que no contestó oportunamente la demanda y debe sufrir las consecuencias procesales correspondientes. Adujo que por esa razón la materia sujeta al arbitramento se circumscribe a determinar si existió incumplimiento del convocado o un desequilibrio contractual.

Finalmente sostuvo que no se configuran las causales alegadas por los recurrentes y que el Tribunal se pronunció sobre todos los aspectos sujetos a su pronunciamiento, mas no sobre los puntos que quería al Entidad convocada, pues actuó negligentemente en todas las etapas del proceso y sus intervenciones no fueron oportunas. (fols. 262 a 280 c. ppal).

6. Concepto del Ministerio Público

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

Al efecto, dijo que el acto arbitral adolece de nulidad por la causal contenida en el numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989. Sostuvo:

“Argumentan los recurrentes que la providencia impugnada no decidió cuestiones sujetas al arbitramento, pues en ella no se hizo pronunciamiento alguno respecto del cumplimiento contractual por parte de la sociedad Electro Atlántico Ltda., situación que hace incongruente el aludo, dado que este extremo constituye el fundamento de la pretensión resarcitoria planteada en la convocatoria al arbitramento.

(...)

A juicio del Ministerio Público, el problema planteado por la convocante NO FUE RESUELTO, PUES LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL Municipio y su consecuente condena, comportaba la determinación precisa del correlativo cumplimiento de las obligaciones contraídas por Electro Atlántico Ltda., dado que, precisamente, el fundamento de la pretensión de incumplimiento es el pago de la ‘contraprestación’”

Señaló que en efecto, el Tribunal no decidió si Electro Atlántico realmente cumplió con sus obligaciones derivadas del contrato y que, en consecuencia, desconoció los artículos 304, 305 y 306 del C.P.C. al tenor de los cuales las sentencias deben contener la decisión clara y expresa sobre

cada una de las pretensiones de la demanda y deben guardar consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en su contestación.

Agregó:

“Finalmente esta Delegada es del criterio que si bien la causal de ‘haberse concedido más de los pedido’ invocada como fundamento de la anulación, en principio, no tiene vocación de prosperidad pues la pretensión de Electro Atlántico Ltda., se dirigió a obtener el pago de unas sumas de dinero sin precisar cada uno de los conceptos por los que consideraba debía ser indemnizada, es lo cierto que, una vez se efectúe la corrección del laudo como consecuencia de la nulidad originada en la causal de ‘no haber decidido cuestiones sujetas al arbitramento’, la condena impuesta al Municipio si podrá ser calificada como ultra y extra petita, en tanto no habiéndose demostrado el incumplimiento contractual de la convocada, tampoco habrá lugar al reconocimiento de suma alguna de dinero a favor de la convocante” (fols.281 a292 c. ppal)

II CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer y decidir el asunto de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 numeral 5 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que el contrato fuente de las obligaciones en litigio, es de naturaleza estatal.

1. El contrato fuente del litigio

Es el contrato de concesión¹ Nº 110 de 1996, celebrado el 30 de diciembre de 1996 entre el Municipio de Riohacha y Electro Atlántico Ltda.

Objeto

“(…)

CLÁUSULA PRIMERA². OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del presente contrato es realizar la prestación, operación, explotación, organización total del servicio de alumbrado público del Municipio de Riohacha, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control del Municipio de Riohacha, incluido el suministro e instalación de las luminarias y accesorios eléctricos, de conformidad con los requisitos y condiciones establecidos en le presente contrato y la propuesta presentada por el concesionario, dando total cumplimiento a las normas eléctricas y adoptando los adelantos tecnológicos del sector” (fol. 159, 167 y 173 c.1)

Valor.

“CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO. El presente Contrato es de cuantía indeterminada. Su valor final será el resultante de multiplicar el PRECIO UNITARIO de cada ítem del FORMULARIO Nº

¹ En el escrito inicial del contrato se estableció que se trataba de un contrato de obra. No obstante las partes, mediante el Otrosí Nº 2 del 27 de mayo de 1998, aclararon que el contrato era de concesión (fol. 167 c.1).

² Modificada por los Otrosí Nº 2 (fol. 167 c.1) y Nº 3 (fol. 173 c.1), el texto original decía: “*CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato es realizar el mantenimiento de la infraestructura del servicio de ALUMBRADO PÚBLICO en la ciudad de Riohacha, incluyendo el suministro e instalación de las luminarias y los accesorios eléctricos, de conformidad con los requisitos y condiciones establecidos en los pliegos de la licitación pública Nº 002 de 1996, la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO. Dando total cumplimiento a todas las especificaciones técnicas, condiciones y obligaciones estipuladas y emanadas de este Contrato y del Pliego de Condiciones de la licitación. EL CONCESIONARIO, suministrará los bienes y prestará los servicios en las cantidades y en la forma que a continuación se especifica*”.

6 de la LICITACIÓN PÚBLICA Nº 002, por el total de luminarias suministradas, y el PRECIO UNITARIO de cada ítem del FORMULARIO Nº 7 de la LICITACIÓN PÚBLICA Nº 002, por el tiempo total del Contrato, ajustado con los factores contenidos en la propuesta del Concesionario, los cuales se indican a continuación.” (fol.159, 167 y 173 c.1)

Plazo

“CLÁUSULA CUARTA³. PLAZO DE ENTREGA DEL SUMINISTRO. EL CONCESIONARIO se compromete a efectuar la conversión de la iluminación de Mercurio a Sodio, siguiendo un programa de reposición de luminarias durante todo el tiempo de la vigencia del contrato, pero garantizando que dicha conversión estará cumplida en un plazo de 24 meses contados a partir de la firma del presente OTROSÍ” (fols. 160 y 171 c.1)

Forma y condiciones de pago.⁴

“CLAUSULA DÉCIMA. EL CONTRATANTE, pagará a EL CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento del Contrato de concesión, Incluido (sic) el valor del consumo del alumbrado público, con el recaudo del servicio del

³ Modificada por el Otrosí Nº 2. La redacción original era: “EL CONCESIONARIO. Entregará (sic) a EL CONTRATANTE los elementos y/o materiales, objeto del presente Contrato, de acuerdo al programa de reposición de luminarias, en los plazos que se detallan a continuación, contados a partir de la fecha de firma del Contrato.

GRUPO	PLAZOS DE ENTREGA
SUMINISTROS	12 MESES
DESMONTE DE LUMINARIAS	8 MESES
MONTAJE LUMINARIAS	8 MESES”

⁴ El último párrafo de esta cláusula fue modificado por las partes mediante el Otrosí Nº 2. El original decía “(...) EL CONTRATANTE, pignorará a EL CONCESIONARIO el valor total mensual del servicio de Alumbrado Público, durante el tiempo de vigencia del Contrato y desde la fecha de la firma del mismo”

Alumbrado Público, el cual será facturado por la Electrificadora de la Guajira, recaudado a través del sistema financiero local y administrado por la empresa fiduciaria designada por EL CONCESIONARIO para el manejo de los fondos de esta concesión. Para ello el CONCESIONARIO deberá contratar una fiduciaria constituida legalmente en Colombia que tenga la suficiente experiencia en macroproyectos energéticos. EL CONTRATANTE cede a EL CONCESIONARIO la totalidad de los dineros originados en la facturación del impuesto de Alumbrado Público durante el tiempo de vigencia del contrato y desde la fecha de la firma del mismo, para que estos sirvan de contraprestación al CONCESIONARIO” (fols. 162 y 172 c.1).

Esta cláusula fue modificada por las partes mediante la cláusula tercera del otrosí N° 3 suscrito el 24 de febrero de 2006:

“Cláusula tercera.- Modificar lo estipulado en la Cláusula Décima del contrato 110-96, y el numeral 7º del Otro sí N° 2 del 27 de mayo de 1998 que se le hizo al presente contrato (...), para indicar que las partes adoptan a través del presente Otro sí N° 3, como obligación contractual para la remuneración al Concesionario por la prestación de sus servicios, el presente flujo de caja financiero contenido en el Anexo N° 2, el cual hace parte integral del presente Otro sí N° 3 (...), y que se adopta para satisfacer todas y cada una de las obligaciones contractuales asumidas en el presente contrato de concesión, además para sufragar el pago del suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público de la (sic) Municipio de Riohacha, el pago de los honorarios que genere la contratación de una interventoría para el cumplimiento de las obligaciones contractuales del presente contrato, y las expansiones del sistema , este flujo contenido en el Anexo N° 2

será suscrito por las partes contratantes. PARÁGRAFO PRIMERO.- Las obligaciones económicas contenidas en el presente flujo de caja que se adopta en el presente Otro sí (...) tendrá como fuente de recursos, todos los dineros obtenidos en el recaudo del impuesto de alumbrado público. PARÁGRAFO SEGUNDO.- El remanente después de cancelar todas las obligaciones contractuales, se destinarán al pago de las expansiones requeridas en la ciudad de Riohacha, expansiones estas que serán orientadas por el Municipio, la que le indicará a Concesionario donde, como y cuando ejecutarlas. PARÁGRAFO TERCERO. Las obligaciones contractuales pactadas con el concesionario en le presente contrato (...), se mantendrán indemnes, por lo que se garantiza el pago de todas y cada una de las obligaciones del contrato". (fol. 177 c.1)

Duración.

Establecida en el Otrosí Nº 1 del 17 de febrero de 1997:

“ (...) se celebró el presente otrosí para establecer la duración del contrato el cual será de dieciocho años calendario, contados a partir de la fecha de iniciación del mismo, hasta Diciembre (sic) 31 del 2.014”
(fol.165 c.1)

Cláusula compromisoria

Contenida en la cláusula quinta del otrosí Nº 3:

“ Cláusula quinta.- Que las reclamaciones del orden económico que llegaren a presentar en cumplimiento del presente contrato de concesión, las partes de común acuerdo pactan dirimirlas directamente en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en

que se radique dicha reclamación, y en caso de no llegar a un acuerdo se procederá a instalar un tribunal de arbitramento ante la Cámara de Comercio de la ciudad de Riohacha, el cual estará conformado por tres (3) árbitros, que serán designados por así (sic) uno (1) por cada una de las partes del presente contrato, y uno que designará la cámara de comercio de Riohacha, los cuales fallarán en derecho, y el fallo que ellos emitan será acogido y se cumplirá pro la parte vencida.” (fol. 178 c.1)

2. El recurso de anulación del laudo arbitral

Las características de este recurso pueden definirse desde varios aspectos⁵:

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 1989⁶, 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

⁵ 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.

⁶ 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.

sustentación del recurso dentro de las precisas causales que la ley consagra⁷⁸. No le es dable al juez de la anulación pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso.⁹

c. El recurso de anulación no implica una segunda instancia, de manera que los cargos formulados con el objeto de que se establezca si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial al resolver las pretensiones propuestas, carecen de técnica procesal y no tienen vocación de prosperidad.¹⁰

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.

⁷ Sentencia proferida el 12 de noviembre de 1993; Exp. 7809.

⁸ 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.

⁹ En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 30 de mayo de 2002; expediente 20.985.

¹⁰ 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.

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.

3. Las causales alegadas en el caso concreto

*“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*¹¹ (Numeral 4 artículo 72 de la ley 80 de 1993, num. 8 artículo 38 del decreto 2279 de 1989) y *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*¹² (Numeral 5 artículo 72 de la ley 80 de 1993, num. 9 artículo 38 del decreto 2279 de 1989)

3.1 Condiciones de procedencia de estas causales

Por incongruencia del laudo

Estas causales desarrollan 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.

¹¹ Alegada como se explicó, por el Ministerio Público.

¹² Alegada por el Ministerio Público y por el Municipio de Riohacha.

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 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.¹³

¹³ Al efecto pueden consultarse sentencias del 15 de mayo de 1992, expediente 5326 y del 25 de febrero de 1999, expediente 14499.

La congruencia de las providencias judiciales se establece mediante el proceso comparativo entre la relación jurídica 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.¹⁴

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, además, que la aludida causal contenida en el numeral 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993, que corresponde a la contemplada en el numeral 9, artículo 38 del decreto ley 2279 de 1989, comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad de los actos administrativos, en el entendido de que

¹⁴ 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.

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 acudirse a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley.”*¹⁵ (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

¹⁵ Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

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. (...)"

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

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

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

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

susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

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

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

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

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

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

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

Las anteriores posturas fueron reiteradas recientemente por la Sala entre otras¹⁶, 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 sujetos a arbitramento por la ley, el pacto arbitral y las pretensiones y excepciones formuladas en el proceso."¹⁷

3.2 Las incongruencias alegadas con fundamento en estas causales

Los recurrentes pretenden la revisión de los motivos de hecho y de derecho en que el tribunal de arbitramento fundamentó su decisión.

¹⁶ Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; expediente 34.193.

¹⁷ Providencia que a la vez fue reiterada en sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34302.

El Ministerio Público y la entidad convocada, aducen, en sus independientes recursos que las causales previstas en los numerales 8 y 9 artículo 38 del decreto ley 2279 de 1989, están configuradas porque el laudo es incongruente. Sustentan sus pedimentos así: *i)* El laudo es extrapetita porque se pronunció sobre hechos no demostrados en el proceso arbitral y *ii)* El laudo es infrapetita, porque los árbitros no se pronunciaron oficiosamente sobre la excepción de contrato no cumplido, pese a que sus elementos estaban configurados.

4. Análisis de la Sala

Al respecto la Sala precisa previamente que los recurrentes pretenden la revisión de las consideraciones del laudo, sustentadas en las pruebas obrantes en el proceso, con el objeto de que esta Corporación redefina lo dispuesto por el tribunal de arbitramento respecto del incumplimiento del Municipio de Riohacha. Esta petición escapa al ámbito del juez del recurso de anulación quien, como se explicó, está sometido en forma estricta al contenido de cada una de las causales.

4.1 *El laudo es extrapetita porque se pronunció sobre hechos no demostrados en el proceso arbitral* (Causal 8, artículo 38, decreto ley 2279 de 1989)

Al efecto explicó el Ministerio Público que el laudo es incongruente porque accedió a las súplicas de la demanda a pesar de que la convocante no demostró el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, esto es, tomó en consideración hechos no probados en el proceso con lo cual, se alega, comprendió asuntos no sometidos a su conocimiento.

Respecto del sustento de este cargo la Sala reitera lo ya expuesto sobre las condiciones de procedencia de esta causal y precisa que la misma no está configurada por una falta de correspondencia entre lo probado y lo decidido. La correspondencia hay que buscarla entre lo pedido y lo decidido. Pues de otra manera quedaría el juez del recurso de anulación, por la vía de esta causal, facultado para revisar la manera como el tribunal de arbitramento valoró los hechos y la forma como definió la acreditación de los supuestos de hecho de las normas en que el convocante sustentó sus peticiones. Materia que, como se explicó suficientemente, escapa al ámbito de este recurso.

4.2 “El laudo es infrapetita, porque los árbitros no se pronunciaron oficiosamente sobre la excepción de contrato no cumplido, pese a que sus elementos estaban configurados” (Causal 8, artículo 38, decreto ley 2279 de 1989)

El Ministerio Público alegó, como sustento de esta causal, que el tribunal de arbitramento debió declarar la excepción de contrato no cumplido, toda vez que “*Si el cumplimiento cabal del objeto convenido es lo que coloca al contratista en posición legítima de reclamar una prestación debida por la parte contratante, entonces inevitablemente este hecho se convierte en una de las cuestiones que debía someterse al arbitramento, ya que por expreso mandato del artículo 1609 del C.C. (...) se trata de una situación que, como pocas, tiene el carácter de excepción, que puede ser declarada de oficio por el Juez.*”

Fundó la ilegalidad del laudo en que la entidad contratante estaba en la “imposibilidad jurídica” de cumplir por el incumplimiento previo en que se

encontraba el contratista convocante y este hecho, a su juicio, claramente demostrado no fue tenido en cuenta por el tribunal de arbitramento.

Al respecto cabe tener en cuenta que la *exceptio non adimpleti contractus*, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993, definida así:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co contratante no ejecute la suya.¹⁸

Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del interés público que orienta la contratación estatal. Así, en sentencia proferida el 31 de enero de 1991, expediente 4739¹⁹, la Sala explicó:

¹⁸Christian LARROUMET *Teoría General del contrato*. Bogotá, Edit. Temis, 1993. Vol. II página 138.

¹⁹ En igual sentido se pronunció en las sentencias de 15 de septiembre de 1983, expediente 3244; 25 de junio de 1987, exp. 4994. Posteriormente mantuvo la misma posición, ver sentencias del 15 de mayo de 1992, exp. 5950 y 17 de enero de 1996, exp. 8356.

*“No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicen que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina ? A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fé, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.”*

Esta Corporación²⁰ ha aceptado entonces la aplicación de la excepción de contrato no cumplido siempre condicionada a los siguientes supuestos:

i) La existencia de un contrato fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas²¹:

*“La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, ‘la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque este está obligado con el primero’. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes las que permiten contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. “Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático” y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la de la resolución del contrato o la Exceptio non adimpleti contractus*²².

ii)) La no ejecución de prestaciones a cargo cada una de las partes contratantes; porque²³:

“A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o

²⁰ Se destaca lo expuesto en la sentencia 13415 del 15 de marzo de 2001; Actor: Hernán Ruiz Bermúdez.

²¹ Ver sentencia de 13 de abril de 1999, Exp. 10.131.

²² CFR. CHRISTIAN LARROUMET, op. Cit. Pag.137.

²³ Sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, expediente 5857.

eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.”

iii) Un incumplimiento de la Administración grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista²⁴:

“es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual.”²⁵

²⁴ Sentencia del 17 de octubre de 1995, exp. 8790.

²⁵ Sentencia proferida el 14 de septiembre de 2000, expediente 13530.

La Sala²⁶ precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo* (art. 83 Constitución Política).

En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desdibuja el incumplimiento del contratista, pues conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., él no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando la entidad contratante incumplió las propias. Así, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para el juez o árbitro de declarar el incumplimiento del contratista.

En el caso concreto como se explicó precedentemente, la entidad convocada no contestó oportunamente la demanda, no se opuso a las pretensiones, no formuló válidamente excepciones y no intervino diligentemente en las otras oportunidades procesales en las que pudo oponerse eficazmente a lo pretendido por la convocante.

La Sala advierte además que según lo expuesto por la jurisprudencia²⁷, el juez puede válidamente interpretar argumentos de la oposición sustentados en el incumplimiento del demandante, para entender propuesta la excepción de contrato no cumplido. Pero en el caso como el presente, en

²⁶ Sentencia proferida el 16 de febrero de 1984, expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

²⁷ Entre otras, cabe consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 10 de febrero de 1930.

el que ni siquiera se contestó la demanda, mal podrían los árbitros considerar propuesta la aludida excepción.

Considera además la Sala que cuando el tribunal de arbitramento accedió a las pretensiones de la contratista convocante, desechó la procedencia de la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, si bien es cierto que el juez o árbitro debe definir la prosperidad de las pretensiones de responsabilidad que el actor fundamenta en el incumplimiento del demandado mediante el análisis de todos los hechos probados en el proceso, en el caso concreto, con las pruebas obrantes los árbitros encontraron demostrado el incumplimiento que alegó la convocante y en ello fundaron su decisión, contenida en un laudo que no es pasible de un recurso de apelación, ya que por la vía de las causales esbozadas por los recurrentes, no le es dable a la Sala modificar dicha valoración.

Dicho en otras palabras: si para el tribunal de arbitramento está demostrado el incumplimiento del municipio de Riohacha, el juez del recurso de anulación, so pretexto de desatar la impugnación fundamentada en que el laudo es Infra o extra petita, no puede revisar esa consideración, mediante una nueva valoración de las pruebas obrantes en el expediente.

La circunstancia de que los árbitros hubiesen considerado probado el incumplimiento de la entidad convocada, conduce a entender que, para el tribunal de arbitramento las omisiones del municipio fueron injustificadas, decisión de fondo que se torna inmutable para la Sala, en acatamiento de los límites impuestos por la ley para el recurso extraordinario de anulación, por la vía de las causales invocadas.

4. Conclusión

Como puede verse, el Tribunal analizó, se pronunció y resolvió lo pedido por el convocante. La manera como desató ese pedimento escapa al ámbito de la naturaleza de este recurso. No le es dable al recurrente pretender que esta Sala entre a evaluar la manera como el Tribunal resolvió las pretensiones del convocante, para concluir si esa decisión se ajusta o no a derecho.

Cabe recordar que el recurso de anulación es un recurso extraordinario por virtud del cual esta Sala establece la ocurrencia de las precisas causales de anulación que invoca el recurrente.

Sucede por tanto que el Tribunal de arbitramento sí resolvió los problemas jurídicos que se le plantearon; encontró que el municipio de Riohacha había incumplido el contrato de concesión Nº 110 de 1996 que celebró el 30 de diciembre de 1996 con Electro Atlántico Ltda; no consideró justificado su incumplimiento en el correlativo incumplimiento de la convocante y decidió condenarlo a la reparación de los perjuicios que, consideró, causó a la convocante contratista. En consecuencia, no existen las incongruencias del laudo que alegaron los recurrentes y sus inconformidades respecto de la resolución que el Tribunal le dio a la problemática planteada, no forman parte de la materia propia de las causales que sustentaron.

No es dable aceptar que, por la vía del recurso de anulación, se modifique una declaración arbitral, porque las causales de anulación

esgrimidas no conducen a la revisión de la decisión de fondo que adoptó el juzgador.

Por lo tanto, las causales invocadas no tiene vocación de prosperidad, pues se reiteran, se plantearon con el objeto de que el juez de la anulación reestudiara las pretensiones que formuló la convocante, cuando por la naturaleza excepcional de este recurso, el conocimiento, trámite y decisión del mismo, no comporta el desarrollo de una segunda instancia.

De lo expuesto concluye entonces la Sala, que el laudo arbitral no presenta incongruencia entre lo pedido por el convocante y lo resuelto, y por tanto el fallo no se encuentra viciado de nulidad alguna, razón por la cual se declarará infundado el recurso, conforme lo establece el artículo 40 del decreto 2279 de 1989, modificado por la ley 446 de 1998.

5. Costas judiciales

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

En efecto, el artículo 40 del decreto ley 2.279 de 1989 reformado por el artículo 129 de la ley 446 de 1998, prevé la condena en costas para el que interpone el recurso de anulación cuando ninguna de las causales en que lo fundamentó prospere.²⁸

²⁸ Al efecto cabe consultar las sentencias 14499 del 25 de febrero de 1999, 15623 del 27 de abril del mismo año y la reciente sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 18411, en la cual la Sala precisó la procedencia de la condena en costas cuando no prospera ninguna de las causales de anulación invocadas por el recurrente con fundamento en las normas particulares que rigen la materia.

Se precisa finalmente que la anterior disposición no es aplicable al Ministerio Público²⁹ como quiera que esta entidad obra en salvaguarda del interés público.

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

F A L L A:

PRIMERA.- DECLÁRANSE infundados los recursos de anulación interpuestos contra el laudo arbitral proferido el 29 de abril de 2008, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Electroatlántico Ltda. y el Municipio de Riohacha en relación con el contrato Nº 110 celebrado el 30 de diciembre de 1996.

SEGUNDA.- DENIEGANSE las demás peticiones.

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

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

²⁹ Así procedió la Sala, entre otras, en sentencia 28.990 del 6 de julio de 2005; recurrentes Invías y el Ministerio Público y 34239 del 14 de agosto de 2008, recurrentes Inco y el Ministerio Público.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO
GÓMEZ

MAURICIO FAJARDO

ENRIQUE GIL BOTERO
BECERRA

RAMIRO SAAVEDRA