

**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAMENTO
COMO SOLUCIÓN ALTERNA DE CONTROVERSIAS
EN LOS CONTRATOS ESTATALES COLOMBIANOS**

**JUAN FRANCISCO CALDERON HUERTAS
VLADIMIR LEON POSADA
CAMILO ANDRES PEÑA VILLEGAS**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
AREA ADMINISTRATIVA
BOGOTÁ D.C.
2004**

**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAMENTO
COMO SOLUCIÓN ALTERNA DE CONTROVERSIAS
EN LOS CONTRATOS ESTATALES COLOMBIANOS**

**JUAN FRANCISCO CALDERON HUERTAS
VLADIMIR LEON POSADA
CAMILO ANDRES PEÑA VILLEGAS**

Monografía Para optar al título de Abogado

Director

**Dra. MARIA EUGENIA SAMPER
Abogada Magíster en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
AREA ADMINISTRATIVA
BOGOTÁ D.C.**

2004

TABLA DE CONTENIDO

1. ARBITRAMENTO	1
1.1 GENERALIDADES	1
1.2 CONCEPTO DEL ARBITRAMENTO	2
1.3 LAS NORMAS EN QUE SE FUNDAMENTA EL ARBITRAMENTO	3
1.4 VENTAJAS DEL ARBITRAJE	5
1. Celeridad	5
2. Economía	6
3. Universalidad	6
4. Idoneidad	9
5. Inmediación	9
6. Informalidad	10
1.5 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAMENTO	11
1.5.1 El Arbitramento figura procesal- Aplicación del debido proceso.	12
1.6 EL ARBITRAMENTO COMO MECANISMO ALTERNO EN SOLUCION DE CONFLICTOS - Base Constitucional.	13
2. PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS DEL ARBITRAMENTO	18
2.1 PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD	18
2.1.1 Concurrencia de Jurisdicciones por delimitación Contractual	20
2.2 PRINCIPIO DE LA NATURALEZA PROCESAL	21
2.3 PRINCIPIO DE LA TEMPORALIDAD	22
2.4 PRINCIPIO DE LA HABILITACIÓN	23
2.5 PRINCIPIO DE LA VOLUNTARIEDAD	24
2.6 PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD	26
3. EL ARBITRAMENTO EN CONTRATOS ESTATALES O ADMINISTRATIVOS	29
3.1 ASUNTOS SOBRE LOS QUE PROCEDE O NO, EL ARBITRAMENTO EN CONTROVERSIA ESTATALES.	31

3.2 CLAUSULA DE CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES Y EN RELACIÓN CON EL ARBITRAMENTO	36
3.3 PRIORIDAD DE LA CLÁUSULA DE CADUCIDAD ANTE LA CLAÚSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES.	38
4. EL PACTO ARBITRAL	42
4.1 REQUISITOS ESENCIALES DEL PACTO ARBITRAL	43
4.2 IMPROCEDENCIA DE PROHIBIR EL PACTO ARBITRAL	45
4.3 NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL (CLÁUSULA COMPROMISORIA Y/O COMPROMISO)	46
4.3.1 Nulidad por causa u objeto Ilicitos:	49
4.4 COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE LA NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL	57
4.5 ESPECIES DEL PACTO ARBITRAL	59
5. CLÁUSULA COMPROMISORIA	60
5.1 REQUISITOS ESENCIALES DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	60
5.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	61
5.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	62
5.4 LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES	63
5.5 AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.	65
6. EL COMPROMISO	69
6.1 NATURALEZA DEL COMPROMISO	69
6.2 REQUISITOS DEL COMPROMISO	71
6.3 CARACTERÍSTICAS DEL COMPROMISO	72
6.4 EL PRINCIPIO DE LA LIMITACIÓN EN EL COMPROMISO	74
6.5 FORMALIDADES DEL COMPROMISO	75
6.6 PROMESA DE COMPROMISO	76

6.8 DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO	78
6.9 LA FIGURA DEL COMPROMISO EN LOS CONTRATOS ESTATALES	78
7. EL ARBITRAMIENTO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	82
7.1 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN LO QUE SE REFIERE A LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	82
7.2 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN LO QUE SE REFIERE A LA VALIDEZ O NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	89
7.3 EFECTOS JURÍDICOS DE LOS ACTOS CONTRACTUALES ADMINISTRATIVOS	95
8. PROCEDIMIENTO ARBITRAL	99
8.1 ETAPA PREARBITRAL	99
8.1.1 Trámite del Procedimiento Arbitral	99
8.1.2 Solicitud, Demanda, admisión, traslado y contestación	100
8.1.2 Nombramientos	101
8.1.3 Impedimentos, recusaciones, inhabilidades, de los árbitros.	108
8.1.4 Audiencia de conciliación	110
8.1.5 Jurisprudencia sobre la Etapa Prearbitral, Funcion de Centros de Arbitraje y sus Actos.	111
8.2 ETAPA ARBITRAL	120
8.2.1 Instalacion del Tribunal	120
8.2.2 Celebración de Audiencias	123
8.2.3 Intervención de terceros	127
8.2.4 La Parte Probatoria	128
8.2.5 Medidas Cautelares	132
8.3 CENTROS DE ARBITRAMIENTO.	133
8.3.1 Resolución 1342 de 2004.	134
9. El Laudo arbitral	140
9.1 LA EJECUCIÓN DEL LAUDO	146

9.2 ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DEL LAUDO	
ARBITRAL.	148
9.2.1 Aclaración del laudo Arbitral	148
9.2.2 Corrección del Laudo Arbitral	149
9.2.3 Complementación del laudo Arbitral	149
9.2.4 Oportunidad procesal de la Aclaración, corrección o complementación	150
10. RECURSOS DEL LAUDO ARBITRAL	155
10.1 RECURSO DE REVISIÓN	155
10.2 RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	160
10.2.1 Formulación del recurso	161
10.2.2 Tramitación del recurso de Anulación	161
10.2.3 Rechazo del recurso de Anulación del laudo Arbitral	163
10.2.4 La Intervención del agente del Ministerio Público en el recurso de anulación.	163
10.2.5 Causales de Anulación del Laudo Arbitral	164
10.2.6 Alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales frente al pronunciamiento del tribunal.	169
10.2.7 Diferencias del Recurso de Anulación con otros recursos.	171
EXCEPCIONES DE MERITO	180
1. Excepción en cuanto al "pago de la obligación" e "inexistencia de la mora".	180
2. Excepción en cuanto a la inexistencia del incumplimiento "grave" y "reiterado"	180
3. Excepción en cuanto a la "imposibilidad obligatoria" "fuerza mayor o caso fortuito"	180
4. Excepción en cuanto a la "intervención exclusiva de un tercero". "sujeción a las reglamentaciones legales y gubernamentales respecto de las operaciones de comercio exterior".	181
5. Excepción en cuanto a la "sujeción a los términos, condiciones y reglamentaciones de referencia o reenvío al bid respecto de los reembolsos".	182
6. Excepción en cuanto a "petición indebida. Culpa de la provocante o aceptación por conducta concluyente".	182
7. Excepción en cuanto a la "improcedencia de "corrección monetaria" o de "valor presente". "improcedencia de intereses moratorios"	183
EN CUANTO A LAS COSTAS	183
LA DECISIÓN	183
ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y COMPLEMENTACIÓN.	187
Aclaración del Laudo	187
Corrección por Error Aritmético del Laudo	188
Adición del Laudo	189

CONCLUSIONES	193
---------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	195
---------------------	------------

ANEXO I. LAUDO ARBITRAL, CONSORCIO DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. Y TERMOTECNIA COINDUSTRIAL S. A. VS EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ	198
--	------------

1. ARBITRAMENTO

1.1 GENERALIDADES

El arbitramento se puede presentar en distintos asuntos administrativos, civiles, comerciales, laborales, etc.. Existe una normatividad dentro de la cual se contempla, se define y se desarrolla la figura del arbitramento. Ahora bien si estos asuntos, sean administrativos ó de otra área se llevan ante el tribunal de arbitramento, se debe tener en cuenta además de las normas respectivas a este proceso arbitral, las disposiciones propias que rigen al asunto en particular, como ocurre al tratarse de los contratos estatales, refiriéndonos a la ley 80 de 1.993 y las normas que la complementan. Por lo tanto entre los temas a tratar en este trabajo se estudiarán normas, jurisprudencias de las altas cortes y como centro de arbitramento para nuestro trabajo de campo La cámara de Comercio de Bogotá. Todos los elementos que se presentarán tienen relación con el arbitramento en los contratos estatales Colombianos.

Como autores de este trabajo, partimos de la presunción de buena fé y veracidad, que creemos debe existir en nuestras fuentes de trabajo, como libros, normas, jurisprudencias. Nuestra opinión y afirmaciones parten de esta información. En algunos documentos el autor interpreta las normas, pero confiamos haya realizado un estudio de la legislación y de la práctica, para expresar tales interpretaciones, que además patrocina la Cámara de Comercio. Por tales motivos acudimos a estos documentos para acercarnos a la realidad de un proceso de arbitramento, pues como tal, no se nos permite tener acceso directo a un proceso de esta naturaleza y sólo mediante las publicaciones que apoya La Cámara de Comercio de Bogotá y los laudos de archivo como el que se anexa al final de esta tesis podemos profundizar un poco en el procedimiento del arbitramento en contratos estatales como mecanismo alternativo en la solución de conflictos.

1.2 CONCEPTO DEL ARBITRAMENTO

Estudiando varios conceptos sobre el arbitramento en diferentes textos jurídicos relacionados con el tema, encontramos que el más completo en cuanto reúne la mayoría de elementos que componen este particular procedimiento, emana del grupo de juristas que laboran en la Cámara de Comercio de Bogotá, quizás nos atrevemos a decir que bien corresponde a la práctica que dicha entidad ha tenido y por lo cual basándonos en los conceptos publicados por la cámara de comercio en el Libro “Nuevo régimen de arbitramento” del año 2002, expresamos con nuestras palabras pero sin cambiar el sentido de su contenido las siguientes definiciones o apreciaciones:

Según el Nuevo régimen de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, el arbitraje es un procedimiento sui géneris, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se somete la solución de conflictos de carácter transigibles a un tribunal de arbitramento. Los árbitros investidos transitoriamente de jurisdicción están facultados para proferir un laudo con los mismos efectos de una sentencia judicial.

También señala la Cámara de comercio en su libro, que en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, Estatuto Orgánico de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, se lo define como un mecanismo, con lo cual se indica su calidad de sistema alternativo de solución de conflictos, sin que deje de ser un proceso.

Las anteriores apreciaciones citan varios conceptos que consideramos es importante aclarar y que definimos a continuación:

Procedimiento Sui géneris: Es decir una serie de pasos debidamente ordenados y establecidos que se deben seguir para obtener el fin propuesto, en este caso una decisión o laudo que dirima ciertas diferencias entre las partes.

De Carácter transigibles: La legislación ha señalado aquellos asuntos en los que por su naturaleza e importancia no pueden quedar en manos de los particulares, pues se protege el interés general siendo asuntos no transigibles, y por el

contrario son transigibles aquellos sobre los cuales los particulares tienen disposición.

La Corte Constitucional en su fallo C-1038 de 2002, cita la sentencia C-098 de 2001 de la Magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez en donde se declaró exequible la expresión “de carácter transigible” contenida en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, Al respecto se consideró lo siguiente:

*"dentro del respeto de los principios constitucionales, el legislador está facultado para señalar los asuntos susceptibles de ser sometidos a la justicia arbitral. Además, precisó esa sentencia, que la justicia arbitral opera frente a derechos de libre disposición por su titular, y por ello, "frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los convictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un arbitro, si esa es la voluntad de las partes".*¹

Arbitros investidos transitoriamente de jurisdicción: Los árbitros sin ser propiamente jueces por naturaleza, quedan investidos de jurisdicción de manera transitoria. Esto lo hace un proceso sui géneris (especial) , y esto a su vez se puede considerar alternativo al proceso jurisdiccional tradicional, sin contrariar que tenga un carácter jurisdiccional transitorio.

1.3 LAS NORMAS EN QUE SE FUNDAMENTA EL ARBITRAMIENTO

Las normas legales que se refieren al ARBITRAMIENTO COMO MECANISMO ALTERNO DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES son:

- Constitución Política art. 116, 236 a 238, 29...
- El Decreto 222 de 1983 y posteriormente por la Ley 80 de 1993.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

- Ley 315 de 1.996 Arbitraje internacional. En los procesos arbitrales surgidos entre entidades estatales y personas Jurídicas o naturales nacionales, o extranjeras con domicilio en Colombia, cuyo contrato deba ejecutarse en Colombia, se aplicará necesariamente la ley colombiana si las partes no han dispuesto otra cosa. Esto según la Convención de Nueva York artículo 5, sobre la ley aplicable en el arbitramento internacional en donde se dispone que prima la autonomía de la voluntad de las partes, quienes son libres de escoger la ley que regule el arbitraje. Más en caso de no expresar las partes su voluntad se aplica la ley donde el arbitramento tenga sede, según criterio territorial.
- ***“Los contratos que celebren las entidades Estatales, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en materias particularmente reguladas en esta ley.***
Los Contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.
Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.
Los contratos fianaciados con fondos de los organismos multilaterales del crédito o con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimiento de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes.”²
- Ley 446 de 1.998.
- Código de Procedimiento Civil, artículo 306..
- Codigo Civil artículo 2469 a 2487
- Código Contencioso Administrativo artículos, 68, 69,70, 71, 82..etc.

² LEY 80 DE 1.993. artículo 13

- Decreto 2651 de 1.991
- Decreto 2279 de 1.989
- Decreto 1818 de 1.998, entre otros.

1.4 VENTAJAS DEL ARBITRAJE

La justicia ordinaria viene siendo desde muchos años atrás la vía jurídica por la que se resuelven algunos asuntos, cuyas características, obligan a seguir trámites, con términos muy demorados, ocasionando tanto desgastes físicos, morales como pérdidas económicas para las partes y sus representantes, por ejemplo, los procesos de declaración de pertenencia, la resolución de los contratos bilaterales, la nulidad de acto o contrato arts.1546 y 1.740 del Código civil. Actualmente, siguen presentándose estos inconvenientes en nuestro orden jurídico, y por ello hemos querido incluir en nuestro estudio y con nuestras propias palabras las ventajas que presenta La cámara de comercio de Bogotá en su libro “Nuevo Régimen de arbitramento” del año 2002, con respecto a la justicia ordinaria. Nuestro objetivo es mostrar una alternativa a la via tradicional de resolver los conflictos que caen en este engorroso trámite, claro sin ánimo de indicar que el arbitraje sea la mejor opción, eso lo dejamos a decisión de las partes interesadas, creemos es sano contemplar otras vías. Sin embargo comparando arbitramento y justicia ordinaria, a nuestra manera de ver, hemos encontrado sólo ventajas en pro del arbitramento.

Estas ventajas son:

1. Celeridad

Con base en el trabajo de campo que sobre el tema se hizo en la cámara de Comercio de Bogotá encontramos que el arbitraje es una vía más rápida que la

justicia ordinaria para resolver un conflicto de intereses, teniendo en cuenta que el término para fallar es el que las partes acuerden ó en su lugar, el término será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite como el procedimiento lo señala. La ventaja es para esos asuntos que pueden durar años sin llegar a su terminación, como ocurre en algunos procesos ordinarios como los de declaración de pertenencia o liquidaciones tramitados ante la justicia ordinaria.

2. Economía

La celeridad presenta como consecuencia la economía del proceso arbitral, pues en la justicia ordinaria se genera un alto costo para las partes debido al transcurso del tiempo e instancias que se generan, mientras en el arbitramento, aunque su precio puede ser elevado, la decisión en un tiempo razonable, no de hasta 20 años como en la justicia ordinaria, crea una ventaja en el costo del proceso.

3. Universalidad

La cámara de Comercio en su libro "Nuevo régimen de arbitramento del año 2002" nos dice que ante la justicia arbitral se podrá resolver todo conflicto con la condición de que sea transigible (concepto que se explicó anteriormente). La cámara de comercio señala que en el arbitramento es posible conocer y decidir los conflictos transigibles como solución alterna, distinta a la tradicional por la cual dichos conflictos se llevarían a cabo mediante un proceso ordinario, abreviado, verbal o especial, según sea el caso.

La cámara de Comercio además, considera que se aplica el principio de universalidad, donde diversos conflictos se tratan bajo unas mismas normas procesales que permiten la acumulación de causas en un mismo proceso, esto sin importar que haya distintas pretensiones; pues cuando las pretensiones son diversas en la justicia ordinaria, éstas se desencadenan en diversos y excluyentes procesos judiciales. Por lo tanto como ejemplo del principio de universalidad para

el tribunal arbitral, éste podría conocer de la demanda principal con la pretensión de obtener la ejecución de un contrato, y a su vez, también podría conocer de la demanda de reconvencción con la pretensión de resolver o terminar el contrato por mutuo incumplimiento o por incumplimiento del demandante. Otro ejemplo como lo señala la Cámara de Comercio, es cuando en un mismo proceso, se solicitan la disolución y liquidación de la sociedad, la nulidad de algunas cláusulas contractuales, y la rendición de cuentas por parte de los administradores. El anterior concepto, según la Cámara de Comercio, se estudio en su momento por el Consejo de Estado a partir de la inquietud que se creó por aclarar la competencia que tenía un tribunal arbitral para conocer y decidir en un mismo laudo diversas causas relacionadas entre sí. El consejo de Estado respondió a esta inquietud de la siguiente manera:

"el tribunal de arbitramento institucional o independiente, tiene competencia para conocer y decidir en un mismo laudo diversas causas relacionadas entre sí, aun en los procesos de ejecución, siempre que se trate de controversias susceptibles de transacción".³

Esta característica del juicio arbitral, permite la aplicación a plenitud el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil sobre acumulación de pretensiones involucrando inclusive en un mismo proceso, demandas entre las mismas partes, basadas en los mismos hechos, conexas entre sí, aunque las cláusulas compromisorias consten en diferentes contratos. Por ejemplo si un mismo empresario y comerciante tiene suscritos diversos contratos de distribución o suministros y la causa alegada para la terminación de dichos contratos es un incumplimiento común. Este caso se presentó y se admitió en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y se resolvió en providencia de junio 12 de 2001, demanda instaurada por Ladrillera Helios Ltda. y Bazar de la Construcción Ltda. en contra de Mariela Carrillo, para admitirla se tuvo en cuenta el cumplimiento del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a los requisitos establecidos en los numerales uno, dos y tres, es decir que las

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 838, concepto de junio 24 de 1996.

pretensiones no se excluyan entre sí y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. La cámara de comercio afirma:

"El hecho de que eventualmente cada cláusula compromisoria se refiera a las materias propias del contrato que la contiene, no se traduce en que ella no pueda ser invocada con otra, entendiéndose en ese caso que cada cláusula se tendrá por relacionada exclusivamente con los temas que en ella hayan sido señalados, con independencia de la extensión del alcance de las otras cláusulas que se invoquen.

Debe señalarse que la autonomía del pacto arbitral, no supone la imposibilidad de la invocación simultánea de varias cláusulas compromisorias, pues la autonomía no implica la imposibilidad de acumulación de varias cláusulas, sino la permanencia de la validez del pacto arbitral cuando el acto en el cual está incluido sea nulo, ineficaz o inexistente".⁴

La cámara de comercio en su Libro Nuevo régimen de arbitramento, afirma que los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces de la República, pero no están sometidos a apelación y casación. Señalando además que el desarrollo del proceso arbitral se mantiene dentro de la más estricta reserva, permitiendo que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio, lo que no acontece en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas.

La afirmación anterior de La Cámara de Comercio en su publicación, concuerda con los conceptos de otros autores como Rafael H. Gamboa Serrano, quien anotó:

"En Colombia el arbitraje es de linaje jurisdiccional , los árbitros son verdaderos jueces y los laudos arbitrales verdaderas sentencias que no están sujetas a ninguna validación ni homologación por parte del juez ordinario, porque los árbitros

⁴ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, Libro, Nuevo régimen de arbitramento, Jorge Hernan Gil , año 2002.

están investidos de jurisdicción, de esa que proviene de la soberanía del Estado, que les da inmediato poder de ejecución a sus decisiones”⁵

4. Idoneidad

El Libro Nuevo régimen de arbitramento, se refiere a las calidades morales y profesionales de los árbitros, quienes son expertos en los temas brindando seguridad y certeza en el fallo. Como se plantea, podemos pensar que árbitros idóneos deciden fallos justos, ya que se escogen tres árbitros especialistas en determinada área, lo cual creemos brinda una mayor certeza al fallo, pues se combinan los conocimientos de los árbitros con las pruebas formandose un criterio más científico por así decirlo, más profundo, que aquel que puede hallarse en un juez que analiza todas las pruebas. Creemos en la frase “tres cabezas piensan mejor que una”.

5. Inmediación

Según el Nuevo Libro de Arbitramento, ocurre en el momento en que se relacionan los árbitros con las partes, lo cual es permanente, y por lo tanto, los árbitros pueden tener mejores conceptos sobre la verdad. Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, lo que se inclina a favor de la lealtad procesal; además, los árbitros disponen de ánimo y tiempo suficientes para realizar una valoración apropiada sobre las pruebas, llevando a un concepto muy acertado de la situación. Por su puesto en la justicia ordinaria hay mayores dificultades para que funcione de igual manera.

Por lo tanto, si los árbitros decretan y practican directamente la pruebas y en conjunto con las partes y sus apoderados en algunas ocasiones, creemos puede ser muy conveniente para un fallo justo. Los arbitros podrán apreciar las

⁵ GAMBOA SERRANO, Rafael H. Arbitramento, ubicación y recursos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2002.

reacciones de las partes frente a las pruebas y las partes estarán más seguras de los procedimientos y apreciación del árbitro. Ahora en la justicia ordinaria el Juez falla pero brinda inseguridad el hecho de que existen muchos casos en su despacho, el volumen de expedientes no se compara con los presentados ante un tribunal de arbitramento.

6. Informalidad

Con el carácter legal del arbitraje, los árbitros están revestidos de discrecionalidad (facultades suficientes para decidir sobre algunos aspectos dentro del margen legal) para la instrucción del proceso arbitral. Las normas procesales que rigen el arbitraje tienen mayor funcionalidad y flexibilidad que las que se aplican en los procesos ante la justicia ordinaria.

"Otras ventajas son las siguientes:

Lista de arbitros: el centro cuenta con una lista de arbitros cuya idoneidad avala la institución,

Secretaria técnica: los centros de arbitraje cuentan con lista de secretarios cuidadosamente escogidos y especialmente preparados en la técnica del proceso arbitral.

Tarifas Justas: los honorarios de arbitros y secretarios, así como las costas de funcionamiento del tribunal de arbitramento, están sometidos a tablas de tarifas cuidadosamente elaboradas, graduales y acumulativas.

Soportes técnicos: los centros de arbitraje cuentan con una infraestructura técnica especializada en el proceso arbitral."⁶

De acuerdo con lo expuesto podemos concluir que una de las ventajas del arbitraje es la celeridad como vía rápida para resolver los conflictos en el menor

⁶ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

tiempo, permitiendo acumulación de causas bajo un mismo proceso. Sin embargo la cuantía del asunto en relación con el cobro por arbitrar dicho asunto, nos demuestra que es una jurisdicción costosa en donde los árbitros son elegidos una y otra vez, dejando de lado a juristas que figuran en libro blanco de la Cámara de Comercio.

Si no fuera por la demora en las distintas jurisdicciones para resolver los conflictos de toda índole que se presentan entre las partes, este mecanismo como solución alternativa de conflictos sobraría por lo costoso y en consecuencia de difícil acceso para muchos.

1.5 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAMENTO

En la Constitución Política de Colombia de 1.991 encontramos varios artículos sobre los cuales se apoya la figura del arbitramento. Entre ellos podemos citar los siguientes: 2,3,4, 6,13,16, 29, 229 sin embargo el art.116 fundamenta claramente la figura del arbitramento. Así aunque la administración de justicia sea un servicio público a cargo del Estado, la autonomía de la voluntad de las partes las autoriza a depositar en un tercero la resolución de sus conflictos. La expresión de la autonomía de la voluntad es aceptada siempre y cuando no contraríen el orden público ó el interés general.

El artículo 116 de la Constitución de 1991 consagró el arbitraje, en los siguientes términos:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Colombia es uno de los pocos países que ha consagrado por principio constitucional la institución del arbitraje, definiendo de una vez por todas su

condición jurisdiccional, procesal, y otorgando a los árbitros la calidad de Jueces especiales.”⁷

El artículo 116 de la Constitución autoriza la administración de justicia por particulares y en el orden legal, los artículos 15 y 1602 del Código civil nos señalan la renunciabilidad de los derechos, que permite al titular del derecho disponer de éste y el hecho que el contrato es ley para las partes, respectivamente. De igual manera el artículo 114 de la ley 23 de 1.991 asocia los árbitros a los jueces de la república.

De acuerdo con el libro Nuevo Régimen de arbitramento, Colombia es uno de los poquísimos países que han consagrado por principio constitucional la institución del arbitraje, contemplando su condición jurisdiccional, procesal y otorgando a los árbitros la calidad de jueces especiales.

1.5.1 El Arbitramento figura procesal- Aplicación del debido proceso.

El debido proceso es un principio de las actuaciones judiciales y administrativas, como tal, se consagra en la Constitución que lo define así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio....

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”⁸

Es necesario recordar el carácter constitucional del debido proceso y su importancia, para evitar interpretaciones fuera de lugar , como ha ocurrido al

⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Título II, Capítulo I, artículo 29.

mencionarse en un caso estudiado por el Consejo de Estado, en el cual una de las partes argumentaba la inconstitucionalidad del debido proceso por contrariar la importancia del derecho sustancial . En dicho caso el Consejo de Estado se pronunció así:

“Hay que tener presente que el derecho al debido proceso, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución, es un verdadero derecho sustancial.

Obsérvese que la primacía de la ley sustancial, vale decir, de los derechos reconocidos por ella, no pugna con el debido proceso. No de otra manera puede entenderse que la misma norma que reconoce tal primacía, ordene cumplir la garantía constitucional del debido proceso, respetar el derecho de defensa y mantener la igualdad de las partes. En conclusión, el que las normas procesales sean el medio para el reconocimiento de los derechos que surgen de la ley sustancial, y tal reconocimiento sea el fin, no implica que ellas sean de una categoría inferior”.⁹

El debido proceso como lo señala en su última parte el artículo 29 de la constitución, será nula la prueba obtenida violando el debido proceso, para el caso del arbitramento en los contratos estatales, el proceso indebido, no legal, es objeto ilícito, por lo cual lleva a la nulidad insubsanable, como se desarrolla en la nulidad del pacto arbitral.

1.6 EL ARBITRAMENTO COMO MECANISMO ALTERNO EN SOLUCION DE CONFLICTOS - Base Constitucional.

La Corte Constitucional se refiere al arbitramento como mecanismo alternativo en solución de conflictos, donde adquiere su sentido de mecanismo alternativo, porque

⁹ JURISPRUDENCIA: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

es una forma que encuentran las partes, mediante la cual deciden no someter ante el aparato judicial tradicional sus diferencias.

La Corte Constitucional igualmente señala:

"estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias"¹⁰

El Consejo de Estado respecto a lo señalado por La Corte Constitucional en la sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999, sobre el fundamento que existe en la carta magna acerca del arbitramento, cita:

"Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley. Pues bien, este mecanismo alterno de resolución de conflictos fue expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución cuando señaló que "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad"¹¹.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. sentencia C-163 de 1999.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. sentencia C-163 de 1999

De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, tal como se entiende de la Corte constitucional en su sentencia C-163 de 1.999 que dice:

"como quiera que el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar¹²".

Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. Al respecto la Corte ha señalado:

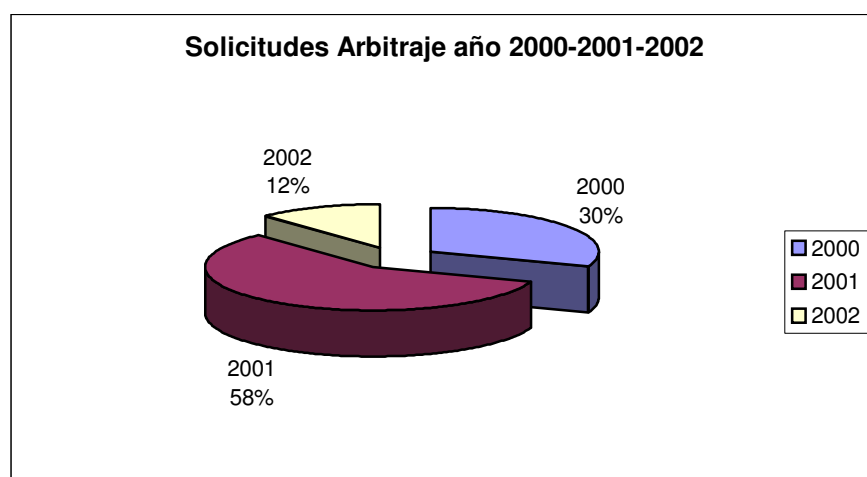
"Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser "habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar",¹³

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. sentencia C-163 de 1999

¹³ JURISPRUDENCIA: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

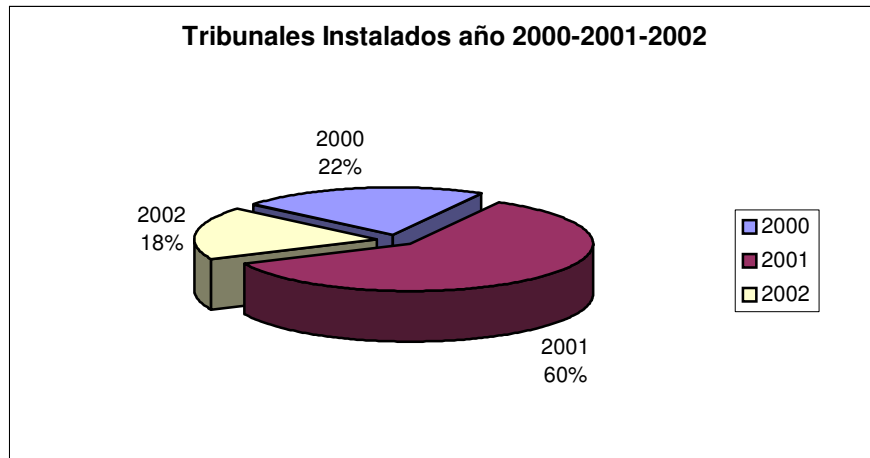
Solicitudes Arbitraje año 2000-2001-2002

Año	Solicitudes de Arbitraje
2000	196
2001	371
2002	77



Tribunales Instalados año 2000-2001-2002

Año	Tribunales
2000	99
2001	270
2002	81



Comparaciones entre Solicitudes y Tribunales de Arbitramento Instalados en los años 2000, 2001 y 2002.

- 1- En el año 2000 de un 100% correspondiente a 196 solicitudes se llevaron a cabo 99 Tribunales instalados que corresponden a un porcentaje del 50% del total de solicitudes.
- 2- En el año 2001 de un 100% correspondiente a 371 solicitudes se llevaron a cabo 270 Tribunales instalados que corresponden a un porcentaje del 72% del total de solicitudes.
- 3- En el año 2002 la cantidad de Tribunales instalados superaron la cantidad de solicitudes lo que nos muestra que hay mayor fluidez de procesos de arbitramento en este año. Es decir, se observa en los otros años 2000 y 2001 que la mayoría de solicitudes llegan a la etapa prearbitral y no se instala el tribunal como si ocurre en el 2002, incluso se observan más tribunales instalados que solicitudes.

2. PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS DEL ARBITRAMENTO

Existen una serie de principios jurisprudenciales y doctrinarios que la Cámara de Comercio de Bogotá ha recogido y considerado citar en su libro Nuevo régimen de arbitramento, emanados de un estudio juicioso de la Constitución y de las doctrinas de la Corte Constitucional, los cuales son:

2.1 PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD

El arbitraje como una forma de administrar justicia, es una jurisdicción especial, diferente de la ordinaria y la de lo contencioso Administrativo.

El principio de voluntad y disposición de las partes son muy importantes en el arbitraje, pero esto ocurre porque la Constitución y la ley así lo han consagrado. Son entonces las normas legales, las que autorizan esta jurisdicción especial.

La Corte suprema de justicia en sentencia de marzo 21 de 1.991 trata la jurisdicción arbitral diciendo lo siguiente:

"La atribución de poderes jurisdiccionales a los arbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos Jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad, la voluntad de las partes, no podría producir por sí misma aquel efecto jurídico toda vez que carecen de virtualidad de transmitir una Jurisdicción que no tienen..."¹⁴

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, sentencia de marzo 21 de 1991

"El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad ".¹⁵

El arbitraje es una solución de alternativa de conflictos en los contratos estatales, sin embargo ha sido muy discutida la jurisdicción arbitral en asuntos que corresponden a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin embargo las altas cortes han precisado el asunto como El Consejo de Estado diciendo:

"jurídicamente es imposible admitir que tanto la jurisdicción contencioso administrativa, como el tribunal de arbitramento, puedan tener competencia simultánea para conocer y decidir acerca de la legalidad de un acto administrativo y los efectos de éste que sean transigibles. Entender lo contrario, implicaría el fraccionamiento de la función jurisdiccional, en asuntos de orden público regulados por la Constitución y la ley, las cuales resultarían violentadas, a la vez que, simultáneamente coexistirían decisiones que podrían ser contradictorias, y, en últimas llevarían a que el afectado quedara privado de verdadera y legal justicia, desconociéndosele la garantía constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia siguiendo por supuesto la vía de un debido proceso según lo ordena la propia Carta fundamental en el artículo 29."¹⁶

La Sala de lo contencioso Administrativo en sentencia de 16 de junio de 1997 expediente 10,882 con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, establece la imposibilidad de que dos jueces puedan tener competencia para conocer y decidir respecto de un mismo punto de derecho, en este caso, el de lo contencioso administrativo y el arbitral, planteamiento que manifestó así:

"Uno de los pilares fundamentales del Estado moderno es ejercer la potestad de administrar justicia en forma continua y permanente a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Por mandato constitucional, el pleno ejercicio de

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 1997.

¹⁶ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. febrero 23 de 2000.

esta función pública esencial es la regla general y los demás eventos autorizados por la Constitución y la ley, como el tribunal de arbitramento, constituyen la excepción.

En consecuencia de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella (C.P., art. 229)..¹⁷

El resultado de que conozcan un asunto varias jurisdicciones producirían en algún caso decisiones contradictorias, por lo que al asumir el conocimiento de los actos administrativos la Jurisdicción Contencioso administrativa además de que se ocupará plenamente de los asuntos propios de su área, brindará seguridad jurídica a los administrados.

2.1.1 Concurrencia de Jurisdicciones por delimitación Contractual

Conforme a la experiencia de la Cámara de Comercio de Bogotá, y los argumentos tomados de esta institución, nos permitimos decir que las partes pueden limitar el conocimiento de los asuntos, excluyéndolos expresamente en el pacto arbitral. Dado el caso podemos encontrar una concurrencia de Jurisdicciones sobre un mismo conflicto, sin que la justicia de lo contencioso pueda alegar la prevalencia o el llamado "fuero por atracción" para pretender conocer tanto de los efectos jurídicos de los actos administrativos contractuales, como de sus consecuencias patrimoniales. Entonces por una parte, la administración, creyendo encontrar un grave incumplimiento contractual dispone la caducidad del contrato con sus consecuentes multas, penas e inhabilidades. Por otra parte, si el tribunal de arbitramento mira las consecuencias patrimoniales, es indudable que debe indagar si la aplicación de la cláusula de caducidad fue bien invocada o no y la consecuencia patrimonial. Entonces, si el tribunal de lo

¹⁷ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. febrero 23 de 2000.

contencioso define la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, necesariamente está confirmando las consecuencias patrimoniales (multas, penas, sanciones liquidaciones). Pueden presentarse fallos contradictorios, lo que justificará unificar el caso en una sola jurisdicción.

Las soluciones pueden ser:

- Admitir, el Consejo de Estado, que cada jurisdicción se pronuncia sobre lo que le compete; el tribunal de arbitramento sobre las consecuencias patrimoniales y la justicia de lo contencioso sobre la legalidad o ilegalidad jurídica del acto administrativo

Como las partes del contrato habían convenido previamente solucionar sus diferencias mediante arbitramento, con excepción de aquellas referentes a las llamadas cláusulas exorbitantes, no corresponde al tribunal, por carecer de jurisdicción, para conocer y decidir respecto de los conflictos cuya solución estaba adscrita a la decisión arbitral.

2.2 PRINCIPIO DE LA NATURALEZA PROCESAL

El arbitraje no constituye un simple método alternativo de solución de conflictos, sino que se erige en un verdadero proceso judicial sui generis. Al respecto la Corte Constitucional manifestó :

"El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, ES UNA FIGURA PROCESAL. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de arbitros, LES CONFÍA, COMO A TODOS LOS DEMÁS JUECES, la solución de contenciones Jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. DE AHÍ QUE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL en nuestro ordenamiento TENGA EL CARÁCTER DE UN PROCESO, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas u oportunidades para la discusión de los argumentos, la

valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los arbitros".¹⁸

2.3 PRINCIPIO DE LA TEMPORALIDAD

Los arbitros son jueces temporales y pierden su condición de tales una vez vencido el término legal o convencional establecido, u ocurrida cualquier otra causal legal. Con razón en el Libro "Nuevo Régimen de Arbitramento de la Cámara de comercio de Bogotá" se afirma:

"El arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de arbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una Jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar Justicia"¹⁹.

Dice la Corte Constitucional:

"no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores de acuerdo con el artículo 113 de la Constitución política".²⁰

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000 y Sentencia SU-091 de febrero 2 de 2000.

¹⁹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000.

En conclusión, el carácter temporal del arbitramento va ligado a la jurisdicción transitoria que los arbitro(s) adquieren para resolver un conflicto específico entre personas que voluntariamente deciden acudir a un tribunal de arbitramento. Esa temporalidad ocurre como alternativa al sistema jurídico tradicional.

2.4 PRINCIPIO DE LA HABILITACIÓN

La habilitación como su nombre lo indica, ocurre cuando las partes en conflicto voluntariamente permiten ó habilitan al arbitro (s) para que conozca y resuelva las diferencias existentes entre dichas partes. Esto se manifiesta mediante la cláusula compromisoria ó el compromiso.

El libro Nuevo régimen de arbitramento nos dice respecto al principio de habilitación que

“Consiste en que la jurisdicción y competencia de los árbitros, para un caso determinado, se concretiza y adquiere realidad, por medio del convenio o pacto arbitral.

Si la jurisdicción y competencia arbitral existe en abstracto y como una mera posibilidad, por simple voluntad de la Constitución, también lo es que la jurisdicción y competencia concretada y definida como un hecho real, solamente ocurre cuando las partes suscriben un convenio arbitral, que es la forma de "habilitar" la justicia arbitral en concreto.”²¹

Al respecto, la doctrina constitucional considera:

“El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación Jurídica ante un tribunal de arbitramento, antes que acudir a los jueces ordinarios, es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, tiene que

²¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los arbitros para actuar".²²

La Corte Constitucional en su fallo C-1038 de 2002, cita la sentencia C-242 de 1997 del magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, en donde declaró inexecutable un numeral del artículo 19 de la Ley 142 de 1994. Esta norma señalaba que, las empresas de servicios públicos debían establecer en sus estatutos, que las diferencias ocurridas a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, debían someterse a la decisión arbitral. La Corte concluyó lo siguiente:

"esa regulación desconocía el principio de habilitación y voluntariedad del arbitramento, al hacer obligatorio su uso, con lo cual restringía además el derecho de acceso a la justicia (C.P., art. 229), pues "son las partes las facultadas en la Constitución (art. 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria". Además, señaló la sentencia, ese carácter imperativo del arbitramento también vulnera su naturaleza transitoria, pues implica un desplazamiento de la justicia ordinaria por el mecanismo arbitral."²³

2.5 PRINCIPIO DE LA VOLUNTARIEDAD

El principio de la Voluntariedad tiene como fundamento la constitución art. 28 Toda persona es libre. Y es esa libertad la que nos permite actuar, expresar nuestras inquietudes, tomar decisiones y que éstas se respeten cuando no infringen el interés general .

De la misma constitución, de los derechos humanos, la voluntariedad deriva su importancia la cual se observa en el arbitramento donde principalmente es la

²² CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-330 de marzo 22 del año 2000.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

voluntad la que permite se desarrolle este proceso alternativo de solución de conflictos.

“En Colombia no existe ni puede existir el arbitraje forzoso, como lo ha sostenido la Corte Constitucional”²⁴:

"El artículo 116 de la Constitución política, dice que las partes son las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Cabe advertir que, la objeción no versa sobre la imposibilidad de escoger de común acuerdo el tribunal de arbitramento como un instrumento de resolución de los litigios que aparezcan en las empresas de servicios públicos domiciliarios ESP, por el contrario, lo que no se ajuste al ordenamiento constitucional citado, es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de Justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta política, sin tener en cuenta que, son las partes las facultadas en la Constitución (artículo 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria". 25

La Corte Constitucional en su fallo C-1038 de 2002, cita la sentencia C-330 de 2000, del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz en donde se concluyó acerca del principio de voluntariedad lo siguiente:

"los artículos 130 a 142 del Código de Procedimiento Laboral, que regulan el arbitramento voluntario en el campo laboral, se ajustan a los principios constitucionales que enmarcan esa figura, pues preservan el carácter voluntario, temporal de este mecanismo alternativo de solución de los conflictos." 26

²⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 1997.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

2.6 PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

El principio de legalidad, lo encontramos definido en el Código Penal Artículo primero:

“Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”.

El principio de legalidad, explícito en la ley penal, no sólo aplica a los hechos punibles. Como principio es importante que todos los procesos, hechos etc.. que la ley contemple se apliquen en los casos para los cuales tales normas se concibieron, de lo contrario estos acontecimientos no se ajustarán a la ley, serán actos ilegales contrarios a lo que la ley ha dispuesto específicamente para ellos.

El arbitramento tiene una disposición legal, está respaldado por unas normas como el decreto 2279 de 1.989, ley 23 de 1.991, ley 446 de 1.998, decreto-Ley 1818 de 1.998, Por supuesto desarrolladas a partir de su base constitucional art.116. Es en esta legislación donde se señalan sus procedimientos, características, conformación etc. Y es conforme a esta normatividad que los encargados de atender la figura del arbitramento proceden.

Este principio claramente nos expresa que el arbitraje se desarrolla de acuerdo a la ley, y por lo tanto aunque el legislador está facultado para disponer la técnica arbitral, en los términos que él considere, siempre tendrá que respetar y acatar los principios constitucionales.

Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido examinadas por la doctrina constitucional de la siguiente manera:

"1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o arbitros.

2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.

- 3. En la función pública de administrar justicia los arbitros deben estar habilitados por las partes en conflictos en cada caso concreto.**
- 4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los arbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral.**
- 5. Corresponde a la ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.**
- 6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición".²⁷**

La corte constitucional en sentencia C-1038 de 2002 hace un planteamiento general del arbitramento que tiene origen en la constitución inicia definiendo el arbitramento conforme a lo que ha determinado la jurisprudencia; es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. Tiene ciertas características las cuales son:

- **"Es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia.**
- **Está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento un acuerdo previo de carácter voluntario y efectuado por los contratantes.**
- **El arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean.**
- **El arbitramento es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo, ya que es claro que existen bienes jurídicos cuya**

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia mayo 20 de 1997.

disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

- ***La Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso".*** ²⁸

La Corte Constitucional en la misma sentencia C-1038 de 2002, cita la Sentencia C-060 de 2001, del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en donde retiró del ordenamiento el inciso tercero del parágrafo del artículo 19 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4° de la Ley 335 de 1996, según el cual, ciertos conflictos relacionados con las concesiones de televisión, si no había acuerdo entre las partes, debían ser resueltos por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros, conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio. La Corte concluyó lo siguiente:

"esa regulación desconocía la voluntariedad, excepcionalidad y temporalidad del arbitramento, pues hacía obligatorio ese mecanismo y creaba una instancia forzosa que no respetaba la libertad de las partes para solucionar sus litigios, con lo cual, además, restringía indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia." ²⁹

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

3. EL ARBITRAMENTO EN CONTRATOS ESTATALES O ADMINISTRATIVOS

El arbitramento presenta matices propios tratándose de procesos en los cuales intervienen entidades públicas, es decir en un proceso arbitral administrativo. La Constitución Política de Colombia cita al arbitraje de la siguiente forma:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar Justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en Derecho o en Equidad, en los términos que determine la ley.”³⁰

Al no excluir de alguna manera las controversias en que es parte el Estado, podemos concluir que la constitución permite la existencia del arbitraje Administrativo.

El Concepto del Arbitramento Administrativo, lo hemos definido de manera muy corta así:

Es el proceso alternativo de solución de conflictos al que acuden las partes cuando los puntos materia de discusión son de carácter transigible y donde una de esas partes es una entidad pública o estatal.

Teniendo en cuenta que en la mayoría de casos, sino todos, en los que se observa la participación de una entidad pública en el proceso arbitral provienen de los contratos estatales, acudimos a la ley 80 de 1.993 y a las normas que la modifican y complementan. La ley es la rectora de la contratación estatal o Estatuto General de contratación de La Administración Pública.

Para tener una mejor idea de a quienes no referimos cuando hablamos de que se trata de una entidad estatal que participa en el arbitramento Administrativo, la ley 80 de 1.993, en el artículo 2, primer punto define a las entidades estatales de la manera siguiente:

“1º. Se denominan entidades estatales: 1) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital, y Los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas, y los municipios.

2) los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los ordenes y niveles.

3) El Senado de la República, La cámara de Representantes, El Consejo Superior de la Judicatura, La Fiscalía General de La Nación, La contraloría General de la República, las contralorías Departamentales, distritales y municipales, La procuraduría General de La nación, La registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, Los departamentos Administrativos, las superintendencias,

4) Las Unidades Administrativas especiales y

5) en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”³¹

De acuerdo con el artículo 2 y demás disposiciones de la ley 449 de 1.998 que regula el ejercicio de la función administrativa, señala que esta ley se aplica también a los particulares cuando cumplen funciones administrativas. La ley 449 de 1.998 como otras normas se desarrollan respetando los principios y normas constitucionales. Por lo tanto estos particulares cuando están investidos por la constitución para cumplir con funciones públicas deben regirse con base en la ley pertinente tal como se aplica a las entidades estatales, así tales personas, aunque no sean como tales, entidades estatales, si representan en un momento dado al estado.

Así las entidades estatales deben seguir las normas de la ley 80 de 1.993 y sus decretos que la desarrollan y/o complementan para llevar a cabo una contratación

³⁰ CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Titulo V, Capitulo I, Artículo 116.

³¹ LEY 80 DE 1.993. Artículo 2, numeral 1.

con otras entidades, donde al celebrar los contratos estatales se debe tener en cuenta el cumplimiento de los fines del Estado, es decir las obligaciones que se tienen en pos de la excelente función social que se debe prestar para el beneficio de los administrados.

En estos contratos estatales es posible incluir la cláusula Compromisoria, ó dado el caso también puede presentarse la figura del Compromiso, los cuales veremos más adelante en el pacto Arbitral.

3.1 ASUNTOS SOBRE LOS QUE PROCEDE O NO, EL ARBITRAMIENTO EN CONTROVERSIAS ESTATALES.

La legislación ha señalado asuntos en los que por su naturaleza e importancia no pueden quedar en manos de los particulares, pues se protege el interés general sobre el particular conforme lo señala la constitución, siendo estos asuntos de carácter no transigibles, y por el contrario son transigibles aquellos sobre los cuales los particulares tienen disposición.

La Corte Constitucional nos expresa:

“bajo el entendido que es condición esencial para la procedencia de este mecanismo, que las partes decidan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, resulta coherente la posición legislativa según la cual sólo aquellos conflictos frente a los cuales las partes tienen capacidad dispositiva puedan ser susceptibles de solución mediante arbitraje. Por esta razón, han de quedar por fuera de la órbita arbitral, los litigios sobre derechos de carácter extrapatrimonial, y aquellos cuya solución comporta una situación que atañe al orden público”³²

Hay que tener en cuenta que al referirse a que las controversias que pueden ser sometidas a decisión arbitral son aquellas susceptibles de transacción, quiere

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-098 de 2001.

decir aquellas situaciones en que las partes tengan disposición para arreglar los conflictos. A diferencia de La transacción que es una figura distinta contenida en el Código Civil. Art. 2469 y siguientes.

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual"³³

La diferencia entre la transacción y el arbitramento la observamos cuando las partes, entre ellas sin acudir ante nadie más deciden terminar sus conflictos, de esta manera lo hacen por medio de la figura de transacción , mientras que al acudir a un árbitro se someten al proceso arbitral.

Ahora a esta voluntariedad de las partes, es decir a esa disposición, el legislador puede marcar límites como lo dice La Corte Constitucional:

"es preciso afirmar que, si bien el Constituyente determinó que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros y que éstos últimos pueden dictar fallos en derecho o equidad, también señaló que el legislador está facultado para establecer límites al poder habilitante de las partes. Estos límites hacen referencia, entonces, a la temporalidad de la actividad de los particulares como administradores de justicia y a las cuestiones sobre los cuales éstos pueden decidir"³⁴.

En otras palabras, se ha entendido que la justicia arbitral tiene un límite temporal, por cuanto está circunscrita al término que las partes y en su defecto la ley, señalen para el ejercicio de esta potestad, y un límite material, demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares.

En diversos fallos - algunos de ellos ya citados - esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida

³³ CODIGO CIVIL, Título XXXIX, Artículo 2469.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-098 de 2001

genéricamente a la decisión de árbitros. En sentencia T-057 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se señaló que:

***"no resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y sobre los cuales no es posible habilitación alguna"*³⁵.**

La Corte Constitucional, al respecto ha indicado lo siguiente:

"las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición."

En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición . Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes."³⁶

Para aclarar en que casos las partes no tienen la capacidad de disposición, la jurisprudencia constitucional nos expresa lo siguiente:

"Están excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer."³⁷

como también que

"los particulares investidos facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden"

³⁵ CORTE COSTITUCIONAL .sentencia t-057 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-098 de 2001.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia c-294 de 1995 m.p. Jorge Arango Mejía

constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos."³⁸

El Libro del Nuevo régimen de arbitramento de La Cámara de Comercio de Bogotá, considera que La Ley 80 de 1993, en sus artículos 70 y 71, reguló el pacto arbitral sin limitación alguna, siendo la misma ley la que se ha encargado de delimitar, ampliar o modificar la materia administrativa susceptible de arbitramento, disponiendo expresamente sus límites, como lo manda el artículo 116 de la Constitución y que tratamos en la parte de principios constitucionales relacionados con el arbitramento.

De conformidad con las normas vigentes, las partes pueden pactar que el tribunal, aun tratándose de diferencias de carácter administrativo, resuelva cualquier controversia, porque no hay norma que expresamente lo prohíba. El artículo 70 de la Ley 80 establece que pueden someterse a decisión de los árbitros "***las distintas diferencias que pueden surgir***", es decir, todas las diferencias porque la ley no hace distinción alguna, ni limita las controversias de carácter patrimonial o económico, como sí lo hizo respecto a la conciliación administrativa con ocasión o como consecuencia de la expedición de actos administrativos.

El artículo 71 de la Ley 446 de 1998 señala que aunque lo conciliado sean los efectos patrimoniales o económicos del acto administrativo, necesariamente se afecta su tangibilidad o soporte jurídico, pues el acto se entiende revocado y sustituido por el acuerdo conciliatorio. En otras palabras el acuerdo conciliatorio tiene la virtud de sacar del mundo jurídico al respectivo acto administrativo, sin que medie pronunciamiento Judicial alguno. Si esto ocurre en la conciliación, también se puede sacar del mundo jurídico a los actos administrativos, cuando su nulidad la pronuncie un tribunal de arbitramento, cuyo laudo es el equivalente a una sentencia judicial.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-1436 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Existen materias que se excluyen del conocimiento de los árbitros, así lo señala el Consejo de Estado, corporación que al respecto expresa:

“el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato....

... los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida (terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público”³⁹.

Así en auto del 2 de noviembre de 1977, la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la derogación de la competencia contenciosa administrativa por la cláusula compromisoria clara y expresamente puntualizó:

“La jurisprudencia de esta corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha cláusula (la compromisoria) no puede derogar la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como son las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento”⁴⁰

De acuerdo con lo expuesto se concluye que Sobre los asuntos materia o no de arbitramento estan fuera de la órbita arbitral, los litigios sobre derechos de carácter extrapatrimonial, y aquellos cuya solución comporta una situación que atañe al orden público, cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer, como tambien que los particulares investidos de la facultad de

³⁹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000.

⁴⁰ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000.

administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos, como los asuntos materia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Mientras que los asuntos que pueden someterse al arbitramento son aquellos derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición, como ocurre en los contratos estatales que señalan en su cláusula compromisoria los asuntos a tratar en un posible arbitramento.

3.2 CLAUSULA DE CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES Y EN RELACIÓN CON EL ARBITRAMENTO

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia de las altas cortes en relación con la cláusula de caducidad en los contratos estatales sometida al tribunal de arbitramento se ha considerado aspectos como los siguientes:

Obligatoriedad. El código Contencioso Administrativo dispone:

“La cláusula de caducidad es de obligatoria incorporación en los contratos de la administración”⁴¹

En los contratos estatales se puede acordar por las partes que temas van a someter al tribunal de arbitramento, como ocurre en una jurisprudencia del Consejo de Estado donde la cláusula de caducidad la componen una serie de puntos, los cuales no entran a ser materia de discusión ante el tribunal de arbitramento. Tal situación es la siguiente:

“ CAUSALES DE CADUCIDAD DEL CONTRATO. El gerente de la empresa con autorización de la junta directiva podrá declarar la caducidad del presente contrato mediante resolución motivada en las causales legales o en las que a continuación se indican:

⁴¹ CODIGO CONTENCIOS ADMINISTRATIVO. Artículo 254.

- a) *La disolución de cualquiera de las compañías del consorcio contratista.*
- b) *La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando alguna de las empresas que forman el consorcio haya sido declarada en quiebra, o se le haya abierto concurso de acreedores; por cesación de pagos, o por celebración de concordato preventivo o por embargo judicial, o porque se atrase en el pago de los salarios o de prestaciones sociales.*
- c) *Cuando el contratista no dé comienzo a los trabajos en la fecha prescrita, o cuando los abandone o suspenda aún en parte sin orden escrita de la empresa, o cuando no los reanude dentro del plazo convenido, o cuando incumpla con el programa de trabajo a que se refiere la cláusula octava, o cuando finalmente, a juicio de la empresa, faltare al cumplimiento de las obligaciones que contrae por el presente contrato, y, previa solicitud escrita de ésta, el contratista rehusare corregir las fallas y poner término a las causas del incumplimiento dentro del plazo que aquélla fije.*

La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente al representante legal del contratista, conforme a lo previsto en las disposiciones legales. Contra la resolución de caducidad sólo procederá el recurso de reposición en los términos y condiciones previstos en la ley. Una vez en firme este acto, la empresa ocupará las obras en el estado en que se encuentren y podrá utilizar todos los materiales adquiridos para ellas por el contratista. Para estos fines podrá solicitar el concurso de la fuerza pública. Igualmente tendrá derecho de retención sobre los equipos, maquinarias, herramientas y demás enseres y elementos destinados por el contratista a la construcción, con derecho al debido uso de los mismos hasta la terminación de los trabajos. El contratista no tendrá derecho a indemnización de ninguna clase, pero se le reconocerá el valor de la obra ejecutada a satisfacción por la empresa, el de los elementos y materiales fabricados o en proceso de fabricación que sean aceptables para la empresa, y el alquiler de los equipos, maquinarias y herramientas que utilice la empresa, mediante facturas presentadas por el contratista con base en los precios contractuales y a falta de éstos, en precios comerciales obtenidos por la empresa, o en evaluaciones efectuadas por ésta. Para el caso de equipos, maquinarias y herramientas se tendrá en cuenta tanto el estado de éstos como los tiempos efectivos de utilización previa

comunicación al contratista, la empresa levantará un acta en la cual hará constar la descripción, cantidad y estado de la obra, de los materiales de construcción, de los equipos de las maquinarias, de las herramientas y de los demás enseres y elementos.

Los derechos y recursos de la empresa establecidos en esta cláusula no excluyen cualesquiera otros prescritos por las leyes o por el contrato. El valor por reconocerse será el que quedare luego de descontar cualquier suma a cargo del contratista. La aplicación de esta cláusula y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral". ⁴²

Los aspectos tratados en la cláusula de caducidad como la disolución de cualquiera de las compañías contratantes, ó la incapacidad financiera del contratista...etc.. son temas que pueden incluirse en esta cláusula y motivos por los cuales el contrato caduca.

3.3 PRIORIDAD DE LA CLÁUSULA DE CADUCIDAD ANTE LA CLAÚSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

Se ha presentado la inquietud sobre la prioridad ya de la cláusula de caducidad ó de la clausula compromisoria en los contratos, al respecto El Consejo de Estado da a conocer sus fundamentos. Por su parte, el Consejo de Estado en providencia del 5 de septiembre de 1968, fijó su criterio, en los siguientes términos:

"Es evidente que a la cláusula compromisoria no se le puede dar el alcance de que ella hace negatoria la cláusula de caducidad, porque esto equivaldría ha haber prohibido en el contrato la caducidad "en forma general", o haber renunciado implícitamente a la facultad de declararla. En la contraposición de las dos cláusulas

42 JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000.

es natural que prima la de caducidad, y que en cuanto a la compromisoria, ésta debe entenderse aplicada, cuando más, a aquellas materias no incluidas en la primera por mandato de la ley o por voluntad del gobierno. Tales materias son separables, porque según los términos del artículo 2° de la Ley 2ª de 1938 se pueden someter a decisión arbitral todas las diferencias que puedan surgir de un contrato, o algunas de ellas. No pudiendo ser objeto de arbitramento lo contemplado como causal de declaración de caducidad, es apenas lógico que sí lo puedan ser materias distintas. Pero en todo caso, en concurrencia de las cláusulas de caducidad y compromisoria, es la primera la que menos puede hacer de convidado de piedra"⁴³.

Del mismo modo, en concepto número 656 del 12 de julio de 1972, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Luis Carlos Sáchica, al resolver una consulta que sobre la materia en cuestión le formulara el Ministerio de Justicia, luego de invocar las dos providencias antes citadas, dictaminó:

"Del análisis de las decisiones citadas se desprende:

- a) En principio, las cláusulas de declaración administrativa de caducidad y la compromisoria se excluyen, pues corresponden la una al concepto de contrato de derecho privado y la otra al contrato administrativo, a menos que se pacten sobre causales diferentes, porque la primera es una prerrogativa del Estado de carácter público que éste no puede renunciar ni dejar de ejercer, hecha la salvedad de los casos en que así lo autorice expresamente la ley; (...).***
- b) No puede admitirse en ningún caso, que se entienda que la cláusula compromisoria desplace o sustituya la de caducidad y, en todo caso, la segunda ha de prevalecer sobre la primera por ser de orden público; (...).***
- c) Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuesta por la ley y estipulaciones de carácter puramente contractual, que son las que versan sobre las relaciones patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convenirse en relación con esta segunda parte de tales contratos, mas nunca en lo tocante a los aspectos regulados directamente por la***

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 5 de septiembre de 1968.

ley, no siendo susceptibles tales materias de decisión arbitral sino de aplicación forzosa⁴⁴.

El Consejo de Estado en su providencia del 23 de febrero del año 2000, para fundamentar que las cláusulas de caducidad no son materia de decisión arbitral y que por lo tanto son excluyentes con respecto a las cláusulas compromisorias, cita entre sus argumentos el concepto del 23 de mayo de 1977 radicado bajo el número 1143, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al referirse a la regulación del arbitramento que en este aspecto consagra el Decreto 150 de 1976, y que continua vigente, jurisprudencia donde se expuso lo siguiente:

"Además, siendo el artículo 76 disposición general sobre la cláusula compromisoria, ella se aplica a su estipulación a los contratos que regula el Decreto 150 de 1976, tanto para los tribunales de arbitraje común como técnico, en cuanto los arbitros deben ser nacionales y a que la aplicación de las cláusulas de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral, excluyendo así el arbitraje extranjero e internacional y sustrayendo lo relativo a caducidad de la competencia en ambos tipos de tribunal. Por consiguiente, al excluir lo relativo a caducidad se excluye con ello el problema jurídico del incumplimiento del contratista, que debe ser pactado como causal de declaratoria de caducidad administrativa"⁴⁵

Entonces de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo relacionado con el incumplimiento del contratista debe ser materia que se señala en las causales de caducidad en los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales, como en los demás contratos estatales según art.76 de la ley 80 de 1.993 y por lo tanto la cláusula de caducidad al no ser suceptible de

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Concepto número 656 del 12 de julio de 1972, la Sala de Consulta y Servicio Civil. ponencia del Dr. Luis Carlos Sáchica.

⁴⁵ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000.

conocimiento por parte del tribunal de arbitramento, podemos decir que el incumplimiento del contratista de igual forma no es materia que se someta al arbitramento.

En estas condiciones siendo la cláusula de caducidad de obligatoria incorporación en los contratos estatales y analizándola respecto a la cláusula compromisoria que se pacta, El Consejo de Estado ha considerado que:

- ◆ Son excluyentes, La compromisoria pertenece al concepto del contrato privado, y la de Caducidad al contrato Administrativo.
- ◆ La Cláusula de Caducidad prevalece sobre la Compromisoria por ser de orden público.
- ◆ Además las cláusulas de caducidad no son susceptibles de someterse al arbitramento.

4. EL PACTO ARBITRAL

El Pacto Arbitral, como tal es un acuerdo entre dos partes donde pactan mediante un escrito acudir ante un árbitro ó arbitros para solucionar sus diferencias. El escrito no tiene ninguna formalidad ó fórmula sacramental para su consagración, es informal, para su contenido no se necesita de un documento especial. Además el pacto arbitral es autónomo; es decir si se estipula en un contrato, se regirá por normas propias, no corre la misma suerte del contrato.

"El pacto arbitral es un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria. El pacto arbitral puede acordarse por las partes según dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso"⁴⁶.

Para la jurisprudencia colombiana, el pacto arbitral:

"Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por arbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar Justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial".⁴⁷

Conclusión: Ambos conceptos reúnen las características básicas del pacto arbitral, y nos atrevemos a decir que lo importante de un concepto es el que transmite la idea básica del asunto. Observando ambos conceptos hemos querido unirlos e interpretarlos así:

⁴⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil, año 2002.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de Junio 24 de 1996.

Es un negocio Jurídico de naturaleza contractual, en el cual existe un acuerdo de voluntades entre las partes como solución alterna a sus diferentes conflictos de intereses, presentándose ó sometiéndose ante la justicia arbitral, donde el árbitro mediante un debido proceso, es quien decide emanando un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

Existen otras características del pacto arbitral, ya que al ser de naturaleza contractual los principios generales del derecho sustantivo también se deben tener en cuenta en el proceso, como el principio de la buena fe, importante para el cumplimiento de las conductas que se desprendan de la cláusula compromisoria.

En cuanto al Pacto Arbitral en los Contratos Estatales, El Consejo de Estado lo define así:

“el pacto arbitral es un contrato que además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado”.⁴⁸

4.1 REQUISITOS ESENCIALES DEL PACTO ARBITRAL

El único requisito general de la esencia del pacto arbitral según la ley es que conste en cualquier documento por escrito sin ser necesario que el acuerdo de voluntades sea en un mismo momento es decir simultáneo, puede proponerse inicialmente por una parte y la otra parte puede aceptar después de un tiempo, no es necesario que acepten en un mismo momento, a menos que la cláusula compromisoria esté en el contrato.

⁴⁸ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

Conforme con los artículos 116 y 117 de la ley de eficiencia y acceso a la justicia (artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1.998) se conserva el principio de la formalidad del escrito, pero otorgando la posibilidad de estar contenido en cualquier documento, esto respecto al compromiso, dado que la cláusula compromisoria deberá estar incluida en un contrato o en documento anexo a él, lo que presupone la simultaneidad del acuerdo, recogido en un mismo escrito. Al referirnos a cualquier documento se trata de cualquier hoja a parte del contrato que se halla firmado y que contenga el pacto arbitral de las partes. Este documento no tiene ninguna formalidad, ni se requiere papel especial para su contenido.

"El pacto arbitral, cualquiera que sea su modalidad, constituye un verdadero negocio jurídico en su modalidad de contrato. Por esta razón, la ley califica a la cláusula compromisoria de pacto y al compromiso de negocio jurídico"⁴⁹.

El Consejo de Estado ha mencionado de donde proviene el arbitraje privado, manifestándose de la siguiente manera:

"emerge del llamado negocio jurídico compromisorio que en el ordenamiento positivo vigente en el país, puede asumir la forma de un verdadero compromiso o apenas de una cláusula compromisoria"⁵⁰.

El Consejo de Estado acerca de la presunción del pacto arbitral considera lo siguiente::

"el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato"⁵¹.

⁴⁹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil, año 2002.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. sala civil. Sentencia de junio 17 de 1997.

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta, concepto de Junio 24 de 1996.

Actualmente el convenio arbitral en contratos o mensajes electrónicos tiene plena validez, puesto que estos, formalmente, se asimilan a documentos, según lo previsto en el artículo 6 de Ley 527 de 1999, más conocida como la ley de comercio electrónico.

4.2 IMPROCEDENCIA DE PROHIBIR EL PACTO ARBITRAL

Esta prohibición la impuso el legislador a raíz de que algunas entidades públicas insatisfechas por condenas que en su contra proferieron los tribunales de arbitramento, se dedicaron mediante circulares internas a prohibir la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos estatales. Por lo tanto se consagró el principio contrario en los artículos 69, 70 y 71 de la Ley 80. El artículo 69 dispone:

"Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal".⁵²

Artículo 70. De la cláusula compromisoria, y artículo 71 del Compromiso, sus definiciones y requisitos.

Entonces, Actualmente las entidades estatales pueden suscribir cláusulas compromisorias y compromisos con el fin de resolver todo tipo de controversias contractuales.

La Ley 80 de 1993 dio pleno respaldo a la institución arbitral imponiendo como deber de los funcionarios públicos acordar los mecanismos y procedimientos

pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse" (artículo 4° numeral 9).

Con base en lo anterior se puede decir, que en aquellos eventos en que no se haya pactado cláusula compromisoria, es deber de la administración invitar a sus contratistas a la celebración de un compromiso, antes de acudir a la justicia de lo contencioso, como que el arbitraje es un mecanismo más ágil y eficaz para obtener la pronta definición del litigio.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza del pacto Arbitral, citamos como la define El Consejo de Estado:

“la Sala ha definido de tiempo atrás la naturaleza contractual del pacto arbitral. Así, por ejemplo, ha expresado lo siguiente:

Aunque subsisten algunas discusiones doctrinarias, casi nadie niega hoy que el pacto arbitral (trátese de cláusula compromisoria o de compromiso) es una institución contractual que origina un proceso judicial.”⁵³

4.3 NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL (CLÁUSULA COMPROMISORIA Y/O COMPROMISO)

La Nulidad puede originarse por causa u objeto ilícitos, vicios del consentimiento, incapacidad o por haberse suscrito el pacto arbitral con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

⁵² LEY 80 DE 1.993. Artículo 69.

⁵³ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

Es importante para referirnos al tema, retomar cuáles son esos presupuestos de validez para todo acto y/o contrato, como también la nulidad cuando existan vicios que los afecten.

Respecto a los presupuestos de validez, el código Civil artículo 1502, dispone:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1- Que sea legalmente capaz; 2- que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3- Que recaiga sobre un objeto ilícito, 4- que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”⁵⁴

Al contrario de la Validez existe la Nulidad, sobre la cual el Código Civil señala:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”⁵⁵.

Es decir el contrato al faltarle uno de los requisitos que la ley prescribe, tiene un vicio, ó esta afectado de nulidad. Como dice la norma este vicio puede ser de carácter absoluto o relativo, que se puede presentar en todo contrato. El código Civil también define la nulidad absoluta y relativa de la siguiente manera:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

⁵⁴ CODIGO CIVIL, libro IV, Título II artículo 1502.

⁵⁵ CODIGO CIVIL, Título XX, Artículo 1740.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.⁵⁶

En un contrato Estatal la declaración oficiosa de la nulidad absoluta se presenta tal como el Consejo de Estado, cita las declaraciones que la doctrina ha manifestado diciendo:

"La declaración oficiosa de la nulidad absoluta. Rechazada la teoría de las nulidades de pleno derecho y prescrita, en su lugar, la necesidad de la declaración Judicial, cualquiera que sea la causal de invalidez de los actos jurídicos, el artículo 1742 del código, hoy subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, estableció no solamente la facultad, sino el deber de los jueces de hacer tal declaración de oficio en todas las hipótesis sancionadas con la nulidad absoluta, así: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Consagra así la ley una importante excepción a los principios dispositivo y acusatorio que predominan en el derecho procesal civil clásico latino, según los cuales la potestad decisoria de los jueces debe ceñirse a las pretensiones de las partes litigantes (litís-contestatio), so pena de incurrir en los vicios de extra petitum o ultra petitum. Con otras palabras: en el mencionado sistema la actuación jurisdiccional desempeña un papel pasivo y subordinado a la iniciativa de los litigantes en la especie sub judice.

⁵⁶ CODIGO CIVIL. Título XX. Artículos 1741, 1742 y 1743.

La precitada determinación legal era de necesidad imperiosa, porque al delegar el legislador en los Jueces el pronunciamiento de las nulidades, no podía dejar a merced de los particulares el promover o no la impugnación de los actos violatorios de las leyes imperativas, del orden público o de las buenas costumbres, como son los actos con objeto o causa ilícitos"⁵⁷

4.3.1 Nulidad por causa u objeto Ilícitos:

El Concepto de objeto Ilícito, el cual se aplica a los contratos, lo encontramos en el Código Civil:

"Hay objeto Ilícito en todo lo que contraviene al derecho Público de la nación. Así la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no conocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto. Y Hay objeto Ilícito en todo contrato prohibido por las leyes"⁵⁸

El Objeto Ilícito, se encuentra en el proceso no legal, acordando lo prohibido por la ley, como ocurre con el precio de venta de un bien, éste debe ser acordado por las partes ó como alternativa, previo acuerdo de las mismas valorado por un tercero, nunca por una sólo de las partes.

El Consejo de Estado en uno de sus pronunciamientos explica claramente la nulidad por esta causal:

"Si bien en desarrollo de su accionar, las entidades estatales gozan de autonomía para celebrar los contratos que resulten necesarios y convenientes para el desarrollo de sus funciones como instrumento para el cumplimiento de sus fines institucionales en particular y, sobre todo, para la realización de los cometidos estatales en general, dichos negocios jurídicos deben estar siempre ajustados al ordenamiento jurídico preestablecido, por cuanto en el sistema del Estado de

⁵⁷ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002

⁵⁸ CODIGO CIVIL, Libro Cuarto, Título II, Artículo 1519 y 1523

derecho, toda la actividad del Estado está sujeta a los precisos márgenes de autorización y regulación fijados por el constituyente y el legislador sin que la actividad contractual de las entidades estatales constituya en modo alguno una excepción.

En ese sentido, entonces de conformidad con el ordenamiento jurídico que gobierna la práctica contractual a términos de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella es nula por el vicio del objeto"; de igual manera "hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes". Por consiguiente carece de validez todo acuerdo contractual que quebrante tales prescripciones normativas bien que las partes que lo celebren sean particulares o entidades estatales pues, al respecto, el artículo 6 de esa misma codificación estatuye: "ART. 6°— Sanción legal y nulidad. La sanción " legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones."⁵⁹

Todo contrato legalmente celebrado es "ley" para las partes pero los que contravengan el ordenamiento jurídico pueden ser anulados por el juez (C.C. art. 1602); ó cuando mediante acuerdo previo se desconoce las normas y principios de derecho público. Sobre esto el Código Civil expresamente dispone:

"ART. 16—Normas irrenunciables. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".⁶⁰

Con mayor razón si se trata de contratos estatales porque en ellos están no sólo interesados sino, directa y esencialmente comprometidos, el orden y el interés públicos, dado que la actuación estatal siempre ha de estar orientada por el principio de legalidad.

⁵⁹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

⁶⁰ CODIGO CIVIL Articulo 16

El Consejo de Estado precisa el fundamento para declarar la nulidad en la legalidad y seguridad jurídica de la siguiente manera:

"Es por ello por lo que en orden a preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales, el juez tiene la potestad de declarar la nulidad absoluta de los contratos, cuando quiera que aparezca plenamente probada en el proceso la cual puede ejercer a petición de parte o de oficio, materia esta sobre la cual, el legislador calificó como causal de nulidad absoluta la proveniente de objeto ilícito (C.C., art. 1741)."⁶¹

El artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, señala, que hay objeto ilícito cuando el contrato y el pacto arbitral en particular contraviene normas de derecho público, por ejemplo, como cuando recae sobre asuntos respecto de los cuales existe prohibición legal o cuando se celebra por fuera de los límites de la ley, o cuando el convenio quebranta disposiciones de orden público, como lo son las que regulan los procedimientos judiciales. Respecto a esto El Consejo de Estado, en sentencia del 23 de febrero de 2000 dijo:

"De acuerdo con lo dispuesto por el numeral primero del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la nulidad de la cláusula compromisoria sólo puede estar fundada, para efectos del arbitramento, en objeto o causa ilícitos. En el primer evento, se tiene que hay objeto ilícito cuando el pacto "contravenga el derecho público de la Nación..." (C.C., art. 1519), esto es, cuando recae sobre asuntos respecto de los cuales la ley ha establecido prohibición expresa para su realización, como cuando se acuerda la comisión de un ilícito o la celebración de un negocio por fuera de los límites de la ley, o, en aquellos casos en que se contrarían disposiciones de orden público, como lo son las que regulan los procedimientos judiciales; el segundo evento se presenta cuando el origen del convenio se caracteriza precisamente por su ilicitud. En las anteriores circunstancias, resulta evidente, que en presencia de

⁶¹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

causa u objeto ilícitos mal podría el juzgador atribuir validez alguna al pacto o convenio así logrado".⁶²

Acerca del carácter de orden público que comportan las normas de procedimiento judicial, el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil expresamente dispone lo siguiente:

"ART. 6°—Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".⁶³

En cuanto al fin de lo transcrito y la razón por la cual los particulares ni las autoridades públicas pueden modificar mediante convenio las normas procesales, la Corte Constitucional encuentra que aquéllas no son otras que la preservación del principio y derecho del debido proceso, la garantía del derecho a la igualdad y la eliminación de la arbitrariedad en el cumplimiento de la función pública de administración de justicia.

En ese sentido, El Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

"Tradicionalmente, las normas procesales han sido consideradas "de orden público", es decir, de aquellas que no pueden derogarse por convenios particulares, porque en su observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

¿Por qué las normas procesales son de orden público? ¿Por qué no pueden modificarse por convenios particulares?

⁶² JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

⁶³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Artículo 6

De conformidad con el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución, nadie podrá ser juzgado sino "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". No es menester dedicarse a complicadas lucubraciones para descubrir las finalidades de esta disposición, piedra angular del debido proceso.

En primer lugar, si la administración de justicia es función pública, como expresamente lo declara el artículo 229 de la Constitución, es claro que ella debe cumplirse con estricta sujeción a la ley, porque el artículo 121 de la misma Constitución establece que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley". Norma que concuerda con la del artículo 122: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

¿Qué fin se persigue, en el campo específico del derecho procesal, al disponer la Constitución que solamente puede juzgarse a alguien "con observancia de las formas propias de cada juicio"

En primer lugar, logra la igualdad real en lo que tiene que ver con la administración de justicia. En el campo procesal, en lo referente a la administración de justicia, la igualdad se logra al disponer que todos sean juzgados por el mismo procedimiento. De otra parte la Constitución, al determinar que todos sean juzgados "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", destierra de la administración de justicia la arbitrariedad"

"Ahora bien, al confrontar tales mandatos y fines constitucionales con la facultad de las partes para acordar someter la solución de sus controversias a la decisión de árbitros en la misma providencia precisó que dicha autorización constitucional no desconoce ni constituye excepción a tan elevados fines y principios, en tanto que el arbitramento debe desarrollarse a través del procedimiento arbitral preestablecido:

"Pero ¿frente a lo que se ha dicho, qué pensar de la facultad, reconocida por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, en virtud de la cual las partes en un litigio pueden atribuir transitoriamente, en casos determinados, la función de administrar justicia, a particulares? ¿No se rompe, acaso, el principio de la igualdad? Al respecto, hay que tener en cuenta que cuando las partes, de conformidad con la ley, se someten a la conciliación o al arbitramento, es la propia

ley la que hace eficaz su decisión de sustraer la solución de la controversia a las reglas generales de la administración de justicia.

De otra parte, también existen unas reglas a las cuales deben someterse los árbitros: es el, procedimiento arbitral. Más aún: proferido el fallo, éste es susceptible del recurso de anulación y del extraordinario de revisión, por las causales establecidas en la ley. Recursos que confieren a las partes, en general, la oportunidad para demostrar si se ha violado la ley en su perjuicio, y si, en virtud de tal violación, se ha quebrantado el principio de igualdad". 64

Un caso donde se presenta nulidad absoluta por objeto ilícito, es el que se estudió por El Consejo de Estado; donde Termorrío y Electranta acordaron seguir un procedimiento no autorizado por nuestro orden Jurídico. Este aparte de la jurisprudencia dice así:

“En consecuencia, como la cláusula compromisoria pactada por Electranta y Termorrío adolece exactamente de ese mismo vicio, esto es, objeto ilícito, en tanto que, mediante ella, las partes acordaron someter a la decisión de árbitros las controversias que se derivaran del contrato por ellas suscrito, con aplicación no de las normas de procedimiento legalmente preestablecidas para el efecto, sino de un reglamento no previsto ni autorizado en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446, de 1998, y lo dispuesto igualmente en el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, la Sala declarará la nulidad absoluta e insaneable que afecta dicha estipulación del contrato, como quiera que para ello, la citada

⁶⁴ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

nulidad se encuentra plenamente probada y, al propio tiempo, en el presente proceso actúan las mismas partes que suscribieron el respectivo contrato.”⁶⁵

Entonces al declararse la nulidad absoluta sin existir salvedad o excepción legal que la contraríe, en consecuencia habrá de decretarse la nulidad del laudo recurrido y de todo el proceso arbitral adelantado. Como lo dice El Consejo de Estado:

“Es más, no debe perderse de vista que como ya lo ha precisado la Corte Constitucional se trata de una nulidad procesal de rango constitucional consagrada en el artículo 29 de la Carta Fundamental en tanto que tiene como centro de imputación el derecho del debido proceso punto este sobre el cual con ocasión de declarar inconstitucional el numeral 6 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 1 numeral 84 del Decreto-Ley 2282 de 1989 conforme al cual, la nulidad del proceso por haber sido tramitado por la vía ordinaria y no por la especial preestablecida era saneable esa corporación manifestó:

Finalmente, hay que tener presente que la única nulidad procesal establecida expresamente por la Constitución, se origina precisamente en la violación del derecho al debido proceso: Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”⁶⁶

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral primero del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria sólo puede estar fundada para efectos del arbitramento, en objeto o causa ilícitos. En el primer evento, se tiene que hay objeto ilícito cuando el pacto ***"contravenga el derecho público de la Nación"***⁶⁷ esto es, cuando recae sobre asuntos respecto de los cuales la ley ha establecido prohibición expresa para su realización, como cuando se acuerda la comisión de un ilícito o la celebración de un negocio por fuera de los

⁶⁵ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

⁶⁶ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

⁶⁷ CODIGO CIVIL, Artículo 1519.

límites de la ley, o en aquellos casos en que se contrarían disposiciones de orden público, como lo son las que regulan los procedimientos judiciales. El segundo evento se presenta cuando el origen del convenio se caracteriza precisamente por su ilicitud. En las anteriores circunstancias, resulta evidente, que en presencia de causa u objeto ilícitos mal podría el juzgador atribuir validez alguna al pacto o convenio así logrado.

La validez de la cláusula Compromisoria considerándose autónoma del contrato dentro del cual se ha pactado, tal como lo citamos en su oportunidad y como señaló el Consejo de Estado, está relacionada con su naturaleza contractual, por lo tanto debe cumplir con los presupuestos de validez que señala la ley para los contratos como lo señala el Código Civil, de igual manera en caso de existir algún vicio se presentará nulidad.

El Consejo de Estado en jurisprudencia de agosto de 2002 respecto de la nulidad del pacto arbitral expone:

“Se trata, en consecuencia, de una causal de nulidad de naturaleza sustancial, que afecta el pacto arbitral y que se presenta en el momento en el que dicho pacto se perfecciona.

Puede apreciarse que estas nulidades son de carácter sustancial pues obedecen a defectos de mérito del compromiso o de la cláusula compromisoria en sí mismos considerados, pero determinan que no pueda fundarse válidamente un proceso arbitral ni, por tanto, dictarse laudo alguno.

Así mismo, en relación con la nulidad del pacto generada por objeto o causa ilícita: Cuando el pacto arbitral esté afectado de nulidad absoluta proveniente de objeto o causa ilícita, dicha nulidad será insaneable, no obstante el silencio de las partes; no obstante el pronunciamiento que al efecto haya hecho el tribunal arbitral. En otras palabras, si las partes no alegaron dicha nulidad a más tardar durante la primera audiencia de trámite oponiéndose a la competencia del tribunal; o, pese a haberse invocado, el tribunal de arbitramento, mediante providencia previa o en el laudo mismo, declara la validez del pacto arbitral, esto no impide que el juez del recurso

pueda pronunciarse nuevamente sobre el mismo asunto, sin que haya lugar a excepcionar efectos de cosa juzgada"⁶⁸

4.4 COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE LA NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL

Un elemento importante sobre la invalidez del pacto arbitral dado su carácter contractual, es la competencia de quien la declara o juzga, pues es el mismo tribunal de arbitramento quien está facultado para declararla. Según el Libro del Nuevo Régimen de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, se infiere este precepto del artículo 163 del Decreto 1818 de 1.998 según el cual la nulidad del convenio arbitral produce la anulación del laudo siempre y cuando el vicio correspondiente haya sido previamente alegado ante el tribunal mismo, lo que implica que los árbitros deben pronunciarse sobre la impugnación correspondiente.

El consejo de Estado cita un pronunciamiento de la Corte Constitucional donde manifiesta la nulidad relativa y absoluta en el pacto arbitral que dice así:

"No obstante, deben tenerse en cuenta que, tratándose de vicios o causales de nulidad relativa, el juez no tiene facultad para declarar oficiosamente su existencia, pues, por expresa disposición del artículo 1743 del Código Civil, aquél únicamente lo puede hacer a petición de parte; inclusive, tampoco lo puede solicitar el Ministerio Público en el solo interés de la ley aunque sí están legitimados para reclamar tal declaración aquellos en cuyo beneficio las establecen las leyes, o sus herederos o cesionarios, con la circunstancia adicional, de que las nulidades relativas son susceptibles de sanarse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes, aspecto este último que, por disposición de la ley, no es posible en el caso de las nulidades absolutas.

⁶⁸ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002

En esa perspectiva, entonces, la potestad oficiosa del juez administrativo para declarar la legalidad o validez del pacto arbitral no se quiebra, altera, ni limita, por el hecho de que las partes hayan guardado silencio, o porque hayan alegado la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito en el curso del proceso arbitral, ni tampoco por el hecho de que el tribunal arbitral haya emitido un pronunciamiento sobre dicho tema, por cuanto, si bien en principio se trata de un punto de carácter sustancial, en forma inescindible tiene relación con la competencia de los árbitros, como quiera que en la validez del pacto arbitral se funda precisamente la competencia de éstos y, por ende, de ella depende la validez del proceso mismo y del laudo que en éste se profiera, coadyuvado ello por el carácter insaneable de la causal de nulidad que se comenta, según lo preceptuado en el artículo 1742 del Código Civil.”⁶⁹

Encontramos en el Libro del Nuevo Régimen de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, que en el derecho comparado, las legislaciones incluyen el artículo 16 de la Ley modelo de la Uncitral, precepto que dice que el tribunal al definir su propia competencia, puede pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral.

En Colombia, la justicia ordinaria mediante el proceso de nulidad es el trámite regulado para la invalidez del pacto arbitral, sólo que mientras se produce su fallo, el proceso arbitral y su laudo se tramitarán.

Cuando se trate de contratos estatales la acción de nulidad del convenio arbitral se tramitará ante el tribunal de lo contencioso administrativo, sin perjuicio de lo que decidan los árbitros.

⁶⁹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

4.5 ESPECIES DEL PACTO ARBITRAL

Las formas mediante las cuales se presenta el pacto arbitral, son la Cláusula Compromisoria y el compromiso.

5. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Es aquella mediante la cual las partes contratantes acuerdan solucionar total o parcialmente las diferencias futuras que puedan surgir de un contrato determinado acudiendo a un tribunal de arbitramento. Como su nombre lo indica es una cláusula que se expresa dentro de un contrato.

5.1 REQUISITOS ESENCIALES DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria encuentra su esencia en el momento que se formaliza, éste momento debe ser antes de que surjan las diferencias contractuales a las cuales se refiere.

Es necesario que se exprese la voluntad de las partes de someterse a la Justicia arbitral, conste en un documento, si este documento se encuentra separado del contrato al cual se refiere la cláusula compromisoria, es necesario para que produzca efectos Jurídicos y sea vinculante, que cumpla con los siguientes aspectos:

- a) "Que ese documento forme parte integrante del contrato al cual se refiere la cláusula compromisoria, sea que se denomine otrosí, modificación, contrato adicional, etcétera.***
- b) Que ese segundo documento esté suscrito por las mismas personas que suscribieron el contrato principal o sus causahabientes legales.***

No obstante que la nueva ley se refiere a la cláusula compromisoria como aquel pacto contenido en un contrato y se guardó silencio respecto a la posibilidad de acordar la cláusula por documento separado, nada obsta para que el contrato inicial

pueda complementarse o adicionarse con el pacto arbitral con la simple indicación que corresponde a un anexo u otrosí."⁷⁰

Estos aspectos permiten que se realice un documento a parte del contrato u otrosí para complementar la cláusula compromisoria si es necesario ó voluntad de las partes.

Sobre los requisitos esenciales de la Cláusula compromisoria el Consejo de Estado afirma:

"la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya sea en un acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato"⁷¹.

El sentido de la Cláusula compromisoria es preveer ante quien y como se resuelve un posible o futuro problema, el cual puede presentarse en cualquier momento a partir de las firmas del contrato. No se crea ó expresa por escrito después del contrato porque ya se trata de otra figura (El compromiso).

5.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria es un verdadero contrato, así lo afirma la doctrina. El doctor Martínez Neira, concluyó:

"La cláusula compromisoria participa de la naturaleza jurídica del pacto arbitral, es un verdadero contrato que se erige como ley de las partes y para los propios árbitros..."⁷²

⁷⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, concepto de junio 24 de 1996.

⁷² LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO MERCANTIL MODERNO. p. 350.

Gerardo Monroy Cabra sobre la Cláusula compromisoria expresó:

"la cláusula compromisoria no es una simple cláusula accesoria a un contrato como anteriormente se ha observado, sino que por su misma naturaleza es un verdadero contrato cuya única exigencia es que debe ser por escrito"⁷³.

En cuanto a la naturaleza de la cláusula compromisoria pueden existir diversos conceptos, sin embargo dejamos claro que esto se encuentra más detalladamente en manos de los estudiosos del derecho, y nosotros sólo optamos por aquel criterio en el que la naturaleza jurídica de la Cláusula Compromisoria es contractual, como también lo expresan los Doctores Martínez Neira y Gerardo Monroy Cabra en el párrafo anterior.

5.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria cuenta con tres características que la diferencian claramente del compromiso, las cuales son:

- a. Tiene relación directa e inmediata con un contrato. Por tanto, en la cláusula compromisoria no pueden someterse, a decisión de los arbitros, asuntos o diferencias meramente extracontractuales, porque el sentido de la cláusula compromisoria es preveer se trate por vía arbitral cualquier problema del contrato en el cual la cláusula va incluida, pues su redacción se remitirá a los puntos transigibles del contrato que las partes quieran exponer y no a temas extracontractuales.

⁷³ ARBITRAJE COMERCIAL. Legis. 1998, p. 96.

- b. Se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes. Es decir, la esencia misma de la cláusula compromisoria nos indica que opera únicamente para diferencias futuras.
- c. Si nada se expresa, ésta se extiende a cualquier conflicto o diferencia, que directa o indirectamente tenga relación con el contrato al cual se refiere. Esto se ha aplicado teniendo en cuenta la función que cumple la cláusula compromisoria, porque el hecho de suscribir una cláusula compromisoria en un contrato, expresa la voluntad de ambas partes por acudir al proceso arbitral y tratar allí los temas transigibles relacionados con el contrato del que hace parte dicha cláusula. Ahora si se especifica que temas se van a tratar, sólo a esos items se limita el proceso arbitral, más si no se mencionan los puntos que se someterán al arbitramento en la cláusula compromisoria, cualquier tema transigible relacionado con el contrato dentro del cual la cláusula esta suscrita podrá tratarse en el arbitramento.

5.4 LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Conociendo su esencia, como su nombre lo indica, se crea una cláusula dentro del Contrato Estatal, de común acuerdo entre las partes, en la que se puntualiza el procedimiento a seguir como mecanismo alternativo para la solución de conflictos futuros.

La Ley 80 regula, la cláusula compromisoria en los contratos estatales;

“En los contratos Estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un arbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo arbitro.

La designación, el requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirán por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que se prevea financiamiento a largo plazo, sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional".⁷⁴

El inciso cuarto fue modificado por el artículo 4° de la Ley 315 de 1996 que a la letra dice:

"El último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1.993, quedará así:

En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato, sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional."⁷⁵

De acuerdo con la normatividad concluimos que la cláusula compromisoria se puede incluir en los contratos Estatales como lo dispone la ley 80 de 1.993, y de igual forma la ley 315 de 1.996 permite el pacto arbitral ante un tribunal internacional cuando se celebran contratos con personas extranjeras y/o nacionales, como también en los que tienen un financiamiento a largo plazo, sistemas de pago del mismo en los que la explotación del bien esté implicada, ó en aquellos en que se realicen operaciones de bienes, siempre y cuando el objetivo sea prestar un servicio público.

⁷⁴ LEY 80 DE 1.993, Artículo 70.

⁷⁵ LEY 315 DE 1.996. Artículo 4.

5.5 AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

A pesar de que la cláusula compromisoria se pacte dentro del contrato estatal, ella es independiente del contrato mismo. Respecto a la autonomía de la Cláusula Compromisoria, el Consejo de Estado ha manifestado:

“en el estado actual de la legislación, la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato del cual hace parte, está clara y expresamente definida en el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos:

ART.116.—Cláusula compromisoria. *El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: (...)*

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

Es pertinente anotar que la disposición legal antes transcrita, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-248 del 21 de abril de 1999, decisión en la que, luego de referir que dicha determinación del legislador corresponde a la tesis expuesta sobre el particular por la doctrina internacional, esa corporación adujo lo siguiente: El legislador ha querido que el compromiso constituya una cláusula independiente en relación con el contrato al que se aplica. Si ello es así, la invalidez del contrato no genera necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, aun cuando pueden darse casos en los que ello ocurra. Esto significa que la habilitación a los árbitros puede continuar en pie, aun en el caso en el que el contrato sobre el que deben fallar sea nulo. Así, pues, si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse a las condiciones mismas en que ella fue acordada.

La decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de libertad de configuración normativa. Esa decisión puede ser considerada como inadecuada o equivocada. Sin embargo, ello no amerita que sea declarada inexecutable por la

Corte Constitucional, a la cual le corresponde únicamente establecer si la norma es compatible con la Carta Política.

Por consiguiente, dado que la administración de justicia constituye ejercicio de función pública, en tanto que corresponde a una actividad propia y exclusiva del Estado, ejercida por sus órganos y, excepcionalmente, por parte de los particulares en razón de existir expresa autorización constitucional para ello, no puede perderse de vista que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 de la Carta, dicha habilitación a los particulares, bien sea bajo la forma de conciliadores o la de árbitros, necesariamente debe ser de carácter transitorio y, al propio tiempo, indefectiblemente debe estar ajustada a los límites, condiciones y requisitos señalados en la ley, máxime si se tiene en cuenta que la administración de justicia es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, mediante el cual se posibilita y garantiza la solución pacífica de los conflictos que se presenten entre los particulares, o entre éstos y el Estado, surgidos con ocasión de la discusión sobre la titularidad de un determinado derecho consagrado en el ordenamiento jurídico, y/o la manera de ejercerlo.

En otros términos, en el caso específico del arbitramento, el ejercicio de esa función a través de un tercero (el arbitro), está sujeta a los precisos términos que sobre el particular establezca el legislador, quien en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 116 constitucional, debe definir los principios, reglas, procedimiento y materias susceptibles de ser sometidas a la decisión de árbitros, todo ello en consonancia con lo ordenado en el artículo 123 de la Constitución, según el cual corresponde a la ley determinar el régimen de los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regular su ejercicio.

En ese contexto entonces, como quiera que el pacto arbitral comporta una naturaleza jurídica contractual, la habilitación que en él hagan las partes a un tercero para ejercer función jurisdiccional, necesariamente debe ser válida, ya que como todo contrato, está sujeto a las normas generales que determinan la validez de ese tipo de negocios jurídicos, entre otras, las relativas a la capacidad de las partes y a la licitud de la causa y el objeto, según lo dispuesto en el artículo 1502

del Código Civil, normatividad que es aplicable tanto a la actividad contractual de los particulares como a la que desarrollen las entidades estatales.” ⁷⁶

En conclusión la Corte Constitucional deja claro que la cláusula compromisoria es independiente del contrato estatal y por lo tanto de declararse nulo el contrato no necesariamente lo es su cláusula compromisoria, esta cláusula debe reunir los requisitos de validez de los negocios jurídicos y de ser así es perfectamente válida aunque esté incluida en un contrato que por citar un ejemplo adolezca de error, un vicio del consentimiento.

En la practica cuando se pacta la cláusula compromisoria, más que colocar específicamente que problemas se van a llevar ante el tribunal de arbitramento, lo que se especifica es que asuntos no van a tratarse en el arbitramento, pues en general no se conocen las diferencias que se pueden presentar entre las partes. Como ejemplo vemos, el aparte de un caso sobre el que se pronuncia el Consejo de Estado:

“En conclusión no eran susceptibles de pronunciamiento arbitral las diferencias que se presentaran entre las partes contratantes cuando estuvieran referidas a los siguientes aspectos:

- ***La disolución de cualquiera de las compañías del consorcio contratista.***
- ***La incapacidad financiera del contratista.***
- ***La no iniciación oportuna de los trabajos.***
- ***El abandono o suspensión de los trabajos sin orden escrita de la empresa.***
- ***El incumplimiento de las obligaciones a cargo del consorcio contratista.***
- ***Los puntos relativos a los efectos de la declaración de caducidad del contrato, tales como:***

La ocupación de las obras por la entidad contratante y utilización de los materiales adquiridos; retención de equipos, maquinarias, herramientas y demás enseres destinados a la construcción de la obra; no derecho del contratista a la percepción de indemnización alguna, etc.

⁷⁶ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

***La pretendida nulidad de la cláusula compromisoria.* ⁷⁷**

La Corte Constitucional en su fallo C-1038 de 2002, cita la sentencia C-248 de 1999 del magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró la constitucionalidad del parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que consagra la autonomía de la cláusula compromisoria. Autonomía según la cual, puede un tribunal de arbitramento creado con base en una cláusula compromisoria, debatir la existencia y la validez del contrato y su decisión será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente, además aclaró que este asunto no es propio de estudio por parte de la corte Constitucional, por lo que señaló lo siguiente:

***"la decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa" y aunque esa decisión pueda "ser considerada como inadecuada o equivocada", ese examen no compete al juez constitucional."* ⁷⁸**

⁷⁷ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. febrero 23 de 2000.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

6. EL COMPROMISO

El compromiso se ha definido según Bonivento Fernández de la siguiente manera:

"como aquel contrato por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica susceptible de transar, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero..."⁷⁹

En el compromiso, los conflictos de intereses de las partes pueden estar relacionados o no con un vínculo contractual y someterse a la justicia arbitral, aún cuando el asunto ya esté ante la Justicia ordinaria y siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia.

A las personas que suscriben un compromiso se les denomina compromisarios o compromitentes.

Existen otros aspectos del compromiso además de lo citado en esta primera parte, los cuales se refieren más concretamente a su posición en los contratos estatales por lo cual creemos conveniente trabajar en el segundo capítulo, propio del arbitramento en los contratos Estatales.

6.1 NATURALEZA DEL COMPROMISO

Como en la cláusula compromisoria y tal vez como en muchas otras figuras jurídicas, el estudio de su naturaleza siempre trae diversas manifestaciones. En el caso del compromiso se dice por algunos autores lo siguiente:

⁷⁹ BONIVENTO F, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo 11, p. 121.

"es un contrato y por consiguiente es de naturaleza contractual, como lo tiene establecido la mayoría de la doctrina".⁸⁰

Otros lo consideran simplemente un negocio Jurídico procesal o una convención como en el Libro Nuevo régimen de arbitramento de la cámara de comercio de Bogotá, donde citan lo que dice el profesor Gabriel Correa Arango, quien sostiene que:

"el compromiso constituye una convención pues como lo explica Patricio Aytwin no genera obligación alguna para las partes y surte efectos eminentemente procesales, lo que no sucede con la cláusula compromisoria que sí corresponde a un contrato porque genera la obligación de nombrar los árbitros en la oportunidad correspondiente"⁸¹.

Sin embargo, la cámara de Comercio de Bogotá en el mismo Libro Nuevo régimen de arbitramento también considera al respecto, que el pacto arbitral al ser de índole contractual origina la obligación de nombrar los arbitros en la forma estipulada, lo cual también puede darse en el compromiso.

Por otro lado, en el artículo artículo 119 del Decreto 1818 de 1.998, se califica como un negocio jurídico y por lo tanto de naturaleza contractual, pues, como se sabe, el contrato es una especie de negocio Jurídico.

Nosotros, autores de esta tesis, consideramos que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria son de naturaleza contractual, pues ambas figuras son las clases que existen de pacto arbitral y al ser el pacto arbitral de naturaleza contractual como lo considera el Consejo de Estado en Sentencia del primero de agosto del año 2002 (concepto que se cita en el segundo capítulo propio de los contratos estatales), ambas figuras: Cláusula compromisoria y el compromiso

⁸⁰ MARTÍNEZ NEIRA, MONROY CABRA y BONIVENTO FERNÁNDEZ. consejo de estado. Sentencia de junio 3 de 1993.

⁸¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002

derivan del pacto arbitral su naturaleza contractual. Art. 1495 del Código Civil dispone:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.”⁸²

6.2 REQUISITOS DEL COMPROMISO

De acuerdo con el art.117 de la ley 446 de 1.998, el contrato de compromiso deberá contener los siguientes requisitos mínimos:

1. Nombre y domicilio de las partes.
2. Las diferencias y los conflictos concretos que someterán a la Justicia de árbitros.
3. La Indicación del proceso en curso, si fuere el caso. En este caso las partes podrán ampliar ó restringir las pretensiones aducidas en aquel.

Lo anterior y el requisito de que conste por escrito, como requisitos esenciales solamente se requieren con el convenio de someterse a decisión arbitral y que se trate de un conflicto presente y determinado.

El artículo 5° del Decreto 2279 de 1.989 traía exactamente los mismos requisitos, pero su inobservancia producía la ineficacia total del pacto. La nueva ley 446 de 1.998 guardó silencio al respecto, debiéndose concluir que si le falta uno de sus elementos esenciales a la formalidad del escrito, el compromiso será inexistente, porque si analizamos los requisitos que la ley dispone, éstos al ser esenciales, se necesitan para que exista la figura del compromiso. Así al no tener el nombre de las partes y su domicilio, no sabemos quienes nos expresan su voluntad, ni a donde se les notifica las comunicaciones pertinentes. De igual manera si no se

⁸² CODIGO CIVIL. Libro Cuarto. Título I, Artículo 1495.

colocan las diferencias o cuerpo del compromiso, yá que éste no va en el contrato como la cláusula compromisoria y por lo tanto no se puede saber que conflictos presentan las partes, sería algo indeterminado, indefinido, intratable. Y por último si no se indica si hay un proceso en curso, no se renunciaría a la justicia ordinaria y no procedería el arbitramento.

Ahora si se omite cualquier otro requisito diferente de los enunciados por la ley 446 de 1.998, la consecuencia será la nulidad absoluta del contrato, por violación de una norma imperativa.

Los requisitos y formalidades del pacto arbitral no pueden ser modificados por las partes, yá que los dispone la ley y no se dejan a voluntad de las partes.

6.3 CARACTERÍSTICAS DEL COMPROMISO

Estudiando la figura del compromiso encontramos las siguientes características:

1. El compromiso somete al conocimiento de la Justicia arbitral las diferencias de tipo contractual ó las extracontractuales.
2. El compromiso se pacta surgidas las diferencias entre las partes, es decir a diferencia de la cláusula compromisoria que se acuerda para preveer futuros conflictos, el compromiso se realiza cuando yá existen los conflictos. Es de la esencia del compromiso, que exista un conflicto que puede ser judicial o extrajudicial.

Estos conflictos que se someten a decisión arbitral son aquellos que las partes expresamente han descrito en el contrato de compromiso, no hay lugar a otro conflicto distinto del señalado en el compromiso, aún si se complementa de alguna manera con dichos asuntos, por ejemplo cuando existe un proceso declarativo de pertenencia ante la justicia ordinaria y las partes intervinientes en dicho proceso convienen celebrar un acuerdo utilizando la figura del compromiso, caso en el cual

acuden al tribunal de arbitramento para tratar los asuntos descritos en el contrato de compromiso, asuntos que se estaban tratando ante el juez y renuncian a la justicia ordinaria.

De igual manera, si el compromiso se pacta con posterioridad al inicio de un proceso ante la justicia ordinaria, las partes, de común acuerdo, podrán aumentar o disminuir esas pretensiones. Por lo cual no están obligados a seguir con las mismas pretensiones que presentaron ante la justicia ordinaria.

La ley 446 de 1.998 vigente, no es clara en cuanto no señala el momento ó limite de tiempo en que las partes litigantes ante la justicia ordinaria, pueden someterse a la justicia arbitral, pues de acuerdo con los que llevan estos procesos, se afirma que las partes podrán comprometerse aún existiendo sentencia de segunda instancia no ejecutoriada, teniendo en cuenta el artículo 340 CPC que permite la transacción en cualquier estado del proceso y en atención a que el artículo 2478 del Código civil limita igualmente la transacción, a los eventos en que exista sentencia ejecutoriada. Esto pues si bien la transacción es una figura distinta, se acude a ella en ciertos aspectos procesales, por su carácter transigible, y por que la ley no ha especificado el tratamiento propio para el compromiso.

Anteriormente, el artículo 2º, inciso tercero del Decreto 2279 señalaba: "...**mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia**", pero la Ley 446 de 1.998 derogó implícitamente el mencionado artículo segundo y no recogió lo dispuesto en el inciso tercero de manera que en la actualidad, lo más afín es el artículo 340 Código de Procedimiento Civil. Este concepto con base en la práctica, pues quienes ejercen en esta área del derecho afirman que resulta más acertada la teoría de la posibilidad de comprometerse hasta antes de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

Es decir; por lo descrito anteriormente del compromiso sabemos que el acuerdo del compromiso para llevarlo ante un tribunal de arbitramento, requiere en caso de estar en medio de un proceso judicial, de la renuncia a este proceso que se estaba llevando ante el juez. La ley 446 de 1.998 no precisa ó limita el tiempo u oportunidad máxima en que las partes (demandante, demandado) pueden hacer

esta renuncia a la justicia ordinaria y acudir mediante la realización de un compromiso ante el tribunal de arbitramento. Sin embargo acudiendo a otras normas ó leyes que tratan figuras similares al compromiso como la transacción (donde tambien se tratan asuntos de carácter transigible) art. 340 del Código de procedimiento civil, se puede interpretar y aplicar el término de hasta antes de la ejecutoria de sentencia de segunda instancia como límite para realizar el compromiso y renunciar ante el juez que lleve el conflicto.

6.4 EL PRINCIPIO DE LA LIMITACIÓN EN EL COMPROMISO

De acuerdo con la ley 446 de 1.998 y tal como lo sostiene la cámara de comercio de Bogotá, en el compromiso la competencia arbitral y las pretensiones quedan limitadas a lo convenido, mientras que en la cláusula compromisoria no es así.

Las excepciones, siguen el artículo 306 del CPC, el cual señala que los árbitros reconocen oficiosamente las excepciones de fondo que aparecen probadas en el proceso, aun sin haberse expuesto inicialmente.

El Consejo de Estado por su parte manifestó:

"... El compromiso debe contener la enunciación precisa, es decir, debidamente individualizada y determinada del litigio o diferencia objeto de arbitraje. Que el litigio es la materia a la cual queda contraída la capacidad jurisdiccional de los árbitros y la materia que determina su competencia, por tanto la única respecto de la cual se hayan éstos habilitados o legitimados para obrar en nombre del Estado."

⁸³.

El Consejo de estado, argumenta lo que la ley 446 de 1.998 señala para el compromiso, que es la descripción precisa de los asuntos a tratar por el arbitraje.

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sala de lo contencioso Administraivo. Sentencia del 24 de mayo de 1991.

Además debido a la transitoriedad del carácter jurisdiccional con que están investidos los árbitros para conocer, ya de una cláusula compromisoria ó de un compromiso, puede interpretarse que la capacidad jurisdiccional de los árbitros en el caso de la figura del compromiso, está relacionada con el litigio ó asuntos especificados como objeto del mismo compromiso.

6.5 FORMALIDADES DEL COMPROMISO

La Cámara de Comercio de Bogotá, en su publicación Nuevo Régimen de Arbitramento, cuyo autor es Jorge Hernan Gil Echeverry; tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, pueden pactarse en documentos separados, siempre y cuando cumplan los requisitos mínimos que trata la ley.

Antes de acudir al centro de arbitraje correspondiente, el pacto de compromiso ya debe estar perfeccionado, sin que pueda presumirse que si el demandado al contestar la demanda no formula la excepción correspondiente, implícitamente lo ha aceptado.

Iniciado el proceso arbitral, si sobreviene la muerte de un árbitro, este hecho únicamente trae como consecuencia la suspensión del proceso, mientras se provee su reemplazo. En caso de que la vacante no se provee de común acuerdo, se podría alegar la nulidad absoluta del compromiso por error esencial en la persona del arbitro designado subsidiariamente por el director del centro o el juez. A diferencia del compromiso en la cláusula compromisoria no se podría alegar tal nulidad, pues lo referente al nombramiento de árbitros no es un elemento ni de existencia ni de eficacia del convenio.

Conforme con la Ley 446 de 1998 art. 118, actualmente no es indispensable que se incluya el nombre de los árbitros o al menos la fórmula para su nombramiento, como condición de eficacia del compromiso, lo cual sí apareció expreso en el art.7 Decreto 2279 de 1.989. La norma dice así:

“Artículo 118. Árbitros: El artículo 7. Del Decreto 2279 de 1.989 quedará así: Artículo 7. Las partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso, el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto, los árbitros serán tres, salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo.”⁸⁴

6.6 PROMESA DE COMPROMISO

Es importante conocer que es posible celebrar una promesa de compromiso con la correspondiente cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte de alguno de los prometientes. Al respecto, la Jurisprudencia arbitral ha consignado:

"En síntesis la cláusula sería el acuerdo previo, y el compromiso el acuerdo que precisa los puntos de litigio. Cuando no existe cláusula compromisoria y se llega al compromiso, éste llena la función totalmente. En el caso de que existan ambos, son etapas sucesivas, y la segunda precisa claramente los puntos actuales materia del diferendo.

De donde es claro que, perfectamente, al celebrarse el compromiso en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada y fijar los puntos materia del litigio presente, pueden las partes virtualmente ampliar, convencionalmente, la competencia del tribunal a otras materias; y al señalar éstas, están ampliando esa competencia en el caso de que ella se encontrare primitivamente restringida. Es más, mediante el compromiso, el tribunal no puede dejar de fallar sobre ninguna de las materias sujetas a su consideración a no ser que se encontrare una limitación de carácter legal"⁸⁵.

6.7 DIFERENCIAS ENTRE EL COMPROMISO Y LA TRANSACCIÓN.

⁸⁴ LEY 446 DE 1998. Título II, Capítulo 1, Artículo 118.

⁸⁵ TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, Cámara de Comercio. Mitsubishi heavy industries Ltda. versus Icel y Electrificadora de Boyacá S.A. Laudo de junio 16 de 1976.

La ley 446 de 1.998 exige la indicación de los conflictos que se someterán al arbitraje, es decir está pidiendo se señale en forma individualizada los problemas entre las partes. No se exige la indicación de las pretensiones que se formularán.

Es importante mencionar la diferencia que existe con la transacción, que podría uno asemejarlas, pero en realidad son figuras excluyentes entre sí, porque la transacción evita un proceso judicial o termina uno pendiente, mientras que en el compromiso se acuerda el inicio de un proceso arbitral, que además puede terminar mediante transacción.

Respecto a al compromiso y la transacción, el Consejo de Estado ha manifestado:

"en tanto que el compromiso conlleva la iniciación de un proceso arbitral que puede concluir con un laudo... el compromiso y la transacción son instituciones diferentes y excluyentes entre sí... la previsión legal de someter a arbitraje las controversias susceptibles de transacción tiene el alcance de fijar su campo de aplicación, como son los derechos transigibles cuyas controversias se susciten entre personas capaces y no el de equiparar ambas figuras".⁸⁶

Teniendo en cuenta que la transacción como lo señala el art. 2469 del Código civil consiste en:

"un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".⁸⁷

Al comparar las dos figuras transacción con respecto al compromiso, encontramos que la primera es una forma de terminar un proceso o litigio, mientras que en la segunda las partes acuerda ir a un arbitraje, otro proceso, para solucionar las diferencias presentadas. Sin embargo estas figuras presentan alguna similitud como el hecho de que en ambas figuras las diferencias u objeto a tratar, deben ser de carácter transigible.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO: Sala de Consulta., concepto de junio 24 de 1996

⁸⁷ CODIGO CIVIL Articulo 2469

6.8 DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO

Las diferencias que expresamos entre la cláusula compromisoria y el compromiso se extraen de la lectura sobre las disposiciones de la ley 446 de 1.998 artículos 116 -117, del texto que al respecto hemos expuesto anteriormente en esta tesis y teniendo en cuenta los conceptos jurisprudenciales que trataremos en el segundo capítulo propio de los contratos estatales.

La diferencia sustancial consiste en que la cláusula compromisoria tiene relación con diferencias futuras, mientras que el compromiso se refiere a los problemas presentes, los cuales deben individualizarse y especificarse en el acuerdo.

El compromiso recoge controversias ya surgidas, en cambio la cláusula compromisoria es un contrato accesorio cuyo objeto es dirimir conflictos futuros.

El compromiso puede tratar asuntos extracontractuales, la cláusula compromisoria debe referirse a los problemas futuros que pueden presentarse en el contrato.

Como última diferencia que encontramos, entre las varias que pueden existir es que al iniciarse el arbitraje con motivo de una cláusula compromisoria siempre requerirá demanda, mientras que el compromiso es la demanda misma.

6.9 LA FIGURA DEL COMPROMISO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

De acuerdo con la posición de Bonivento el compromiso es un contrato en el que las partes acuerdan ir ante un tercero, árbitro, en el caso de presentarse diferencias transigibles, que pueden ser previas, posteriores o durante un proceso. Mencionándose esta figura por la ley 80 de contratación estatal, donde puede pactarse.

La ley 80 de 1.993 dispone:

"Artículo 71. Del compromiso. Cuando en el contrato no se hubiere pactado la cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra suscripción de un compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo".⁸⁸

Al firmar un contrato de compromiso por las entidades estatales, éste opera de manera autónoma, sin necesidad de autorización previa. No se aplica lo previsto en el artículo 341 del CPC, que dice:

"Transacción por entidades públicas. Los representantes de la Nación, Departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso. Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades, la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza".⁸⁹

El contrato de compromiso como contrato administrativo, regulado en el artículo 75 de la Ley 80, que dispone:

"Del Juez Competente: Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

Parágrafo 1- Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de procedimiento Civil y se procurará que se

⁸⁸ LEY 80 DE 1.993. Artículo 71.

⁸⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Sección quinta, Título XVII, Capítulo I, Artículo 341.

adelante por intermedio de personas diferentes de aquella que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2- En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones a cancelar multas a favor del tesoro nacional de cinco(5) a doscientos(200) salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo 3- En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior.”⁹⁰

La norma anterior se aplica sin perjuicio, de que proceda el arbitramento, por lo que puede darse que durante un proceso ante el Juez de lo contencioso Administrativo, haya posibilidad de tratar por la figura del compromiso asuntos de carácter transigible.

Tratándose de resolver controversias de tipo contractual, el compromiso en los contratos estatales es sui géneris, y tiene requisitos diferentes de los consagrados en la Ley 446 para el compromiso privado. Dichos requisitos según el libro de El Nuevo Régimen de arbitramento de La cámara de Comercio de Bogotá, son los siguientes:

- 1. “Señalamiento de la materia objeto de arbitraje.***
- 2. Designación de árbitros. Se diferencia de la regulación general en que ésta permite la designación de los árbitros en el compromiso mismo ó la simple enunciación de la fórmula para nombrarlos, aún más el silencio absoluto sobre el asunto. En el arbitraje administrativo se requiere que el nombre de los árbitros aparezca en el compromiso mismo.***
- 3. El lugar de funcionamiento del tribunal.***

⁹⁰ LEY 80 DE 1.993 artículo 75.

4. ***La forma de proveer los costos del proceso.***
5. ***Regulación sobre las costas, lo que permitirá la celebración de compromisos en la medida en que la parte que invita a su perfeccionamiento asuma la totalidad o mayoría de los gastos, sin perjuicio de lo que disponga el tribunal al resolver sobre las costas. Si el interesado se compromete a sufragar todas las costas no podrá reclamar si pierde el proceso, pero puede recuperar dicho monto si lo gana. Las sumas no se pueden cobrar por separado mediante la obtención de un certificado con mérito ejecutivo.”***⁹¹

⁹¹ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, Libro, Nuevo régimen de arbitramento, Jorge Hernan Gil , año 2002.

7. EL ARBITRAMIENTO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Las altas cortes se han pronunciado sobre la competencia que se le reconoce a los particulares cuando éstos quedan investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, específicamente, frente a los actos unilaterales que dicta la administración en calidad de contratante, esto de acuerdo con los principios, fines y valores que se consagran en la Constitución.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, define el acto administrativo como el medio por el que se expresa la administración ocasionando efectos de creación, extinción o modificación para sus administrados. La Corte Constitucional define así:

"El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos".⁹²

Tanto La corte constitucional como el Consejo de estado se han pronunciado respecto al tema de los actos Administrativos conforme a los temas que tratamos a continuación:

7.1 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN LO QUE SE REFIERE A LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La jurisprudencia C-1436 de octubre 25 de 2000 de la Corte Constitucional se refiere a la legalidad de los actos administrativos, como a la no competencia para

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

declararla por parte del Tribunal de arbitramento, expresando las siguientes razones:

- 1- Los actos administrativos deben estar conforme a las normas jurídicas, esto es Constitución y demás normas. Este es el principio de Legalidad.
- 2- Los particulares quienes temporalmente son investidos para administrar justicia no tienen disposición para transigir sobre asuntos de orden público, los cuales sólo asume el Estado.
- 3- El acto administrativo como al expedirse debe estar conforme a la Constitución y la ley, se presume legal por lo cual tiene carácter obligatorio.
- 4- La Presunción de legalidad del acto administrativo, tiene su control en el Juez contencioso Administrativo quien determina por los aspectos sustanciales y formales del acto. Este Juez por ser un órgano distinto a quien expide el acto administrativo es el competente para que actúe con la imparcialidad y coerción pertinente. Entonces tal presunción de legalidad se puede desvirtuar ejerciendo las acciones que permiten declarar la nulidad del acto y de ser el caso el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición. Arts. 84 y 85 CCA.
- 5- La Ley 80 de 1993, en su art. 75 asigna la competencia a la jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer sobre las controversias que se deriven de los contratos estatales.
- 6- El art. 68 y 69 de la ley 80 de 1.993, sin embargo permite que El Estado como los particulares pueda someter las diferencias emanadas de un contrato en el que es parte ante un tercero siempre que sean asuntos de carácter transigible.

- 7- Los árbitros tampoco pueden pronunciarse sobre actos administrativos que emana la entidad contratante, basándose el tribunal de arbitramento en el derecho de disposición e igualdad frente a los particulares, porque según dice la doctrina; (Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos), en el contrato estatal debe respetarse su esencia para que no se vean alterados ni su objeto ni su contenido.

De acuerdo con la razones anteriores citamos el texto de la Corte constitucional:

“...no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado a través de sus distintos órganos. "No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P., art. 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral" (sent. T-057/95).

Estas breves consideraciones le sirven de marco a esta corporación para analizar el punto sobre la facultad que tienen los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de la administración, y, específicamente, de aquellos que dicta el Estado cuando actúa como contratista.

Los actos administrativos. El control de legalidad

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad fundamento de las actuaciones

administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como "el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia " (Diccionario enciclopédico de derecho usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (CCA., art. 84), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA., art. 85), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.

Dentro de este contexto considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de arbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, omitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.

Al expedir la Ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (arts. 2° y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (art. 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 75).

De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo el propio legislador en esta misma ley, facultó a las partes administración y particular para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que en virtud de la celebración, el desarrollo la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable

composición y la transacción (art. 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (art 69).

Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentando se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años.

Los límites al pronunciamiento arbitral en este caso están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transígable.

La pregunta que surge entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales. Al respecto, ha dicho la doctrina que:

"...las diferencias entre unos y otros, en este aspecto refiriéndose a los contratos celebrados por los particulares y entre éstos y el Estado reside en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que

no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención". (Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos)."⁹³

La Corte Constitucional en su fallo C-1038 de 2002, cita la sentencia C-1436 de 2000 del magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, en donde condicionó el alcance de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, que se refieren al pacto arbitral (Clausula compromisoria y/o compromiso) en la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, relacionados con la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de estos actos administrativos, precisando lo siguiente:

"eran exequibles, en el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Esa sentencia concluyó que, permitir a las partes una autorización a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de esos actos administrativos, desconocía la excepcionalidad del arbitramento al permitir que los árbitros invadieran una competencia que era exclusiva de la jurisdicción estatal."⁹⁴

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

7.2 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN LO QUE SE REFIERE A LA VALIDEZ O NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

El artículo 162 de la Ley 446, ordena aplicar, en el arbitraje, el inciso 3 del artículo 306 del CPC, norma que precisamente habla sobre la declaratoria de nulidad del acto o contrato, por parte del Juez. Al respecto la cámara de Comercio de Bogotá en su libro Nuevo Régimen de arbitramento año 2002, sostiene sobre este punto:

- Se obliga al juez (arbitro) a pronunciarse, aun oficiosamente, sobre la nulidad absoluta. Por lo tanto al tratarse de la nulidad del contrato administrativo, habiéndose pactado cláusula compromisoria, su definición le es competente a los árbitros y no a la justicia de lo contencioso, diferente cuando se presenta el recurso de anulación del laudo arbitral, en cuyo caso el competente es el juez del contencioso Administrativo.
- Hay que tener en cuenta que las controversias que pueden ser sometidas a decisión arbitral son aquellas susceptibles de transacción (artículos 2011 del Código de Comercio y 663 del CPC). Más no hay norma que prohíba o contemple que las diferencias sobre validez de los contratos no puedan ser materia de este proceso.
- El contrato de transacción está regulado por los artículos 2469 del Código Civil y de ninguna de esas disposiciones se desprende la prohibición de transigir sobre tal aspecto, ya que la única existente es la consagrada por el artículo 2473 en relación con el estado civil de las personas. Por el contrario, del artículo 2477 se deduce que es posible transar en relación con la nulidad del título, cuando expresa: Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.
- No existe, entonces, norma alguna que prohíba a los arbitros, como Jueces que son, pronunciarse sobre controversias relacionadas con la validez o

Invalidez de un contrato, y cuando las partes pactan en la cláusula compromisoria que todas las diferencias provenientes de la relación contractual serán sometidas a arbitramento, su competencia se extiende a las derivadas de la posible nulidad del acto.

- Para la Cámara de Comercio de Bogotá, la normativa de la cláusula compromisoria en cuanto a la autonomía que la caracteriza, resuelve el asunto, en el sentido de confirmar la competencia de los árbitros para pronunciarse aun sobre la validez del contrato privado y del contrato estatal que contengan la cláusula compromisoria.

Sin embargo la posición del Consejo de Estado es contraria y así lo manifiesta:

“Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (C.P., arts. 236 a 238), “...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...” (CCA.art.82).

Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el

***cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos*⁹⁵.**

Acerca de la decisión del tribunal de arbitramento sobre la validez de un acto administrativo, el profesor Rafael Bielsa, manifiesta:

***"La Nación, las provincias, las municipalidades pueden someter a decisión arbitral la solución de ciertas cuestiones de hecho patrimoniales. Pero la Nación u otra entidad no puede someter a un tribunal arbitral la decisión sobre la validez de un acto administrativo, sea de autoridad o gestión, y menos aún el ejercicio de la potestad administrativa, porque ese régimen jurídico de la administración es de derecho público que comprende la esfera de potestad Jurisdiccional, sea administrativa, contencioso administrativa, o judicial. La potestad Jurisdiccional no es materia de contrato"*⁹⁶.**

Así mismo, en cuanto a la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de los conflictos surgidos entre el Estado y los particulares, la doctrina ha expresado entre otras cosas, lo siguiente:

"La materia, objeto o contenido de los procesos administrativos la constituyen los diversos conflictos jurídico-administrativos que se plantean entre una entidad pública estatal o no estatal y un particular u otra entidad publica.

Los casos procesales administrativos tienen por finalidad primaria verificar la legitimidad del obrar administrativo (estatal y no estatal) y de todos los órganos estatales (ejecutivo, legislativo y judicial). Es el control judicial de legitimidad. El concepto de ilegitimidad comprende todo tipo de vicios que puedan afectar al acto, sea en su competencia, objeto, voluntad, procedimiento, forma. Igualmente quedan comprendidos los vicios relativos al fin o a la causa del acto, como son la

⁹⁵ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

⁹⁶ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

desviación, abuso o exceso de poder, arbitrariedad y violación de los principios generales del derecho.(...)

La competencia del tribunal se determina en forma amplia y plena para entender en todos los aspectos atinentes a la legitimidad de la conducta administrativa.

En efecto, la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, sí bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

En síntesis, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato.”⁹⁷

En relación con el hecho de que no todo es objeto de conciliación entre las entidades estatales y los particulares, El Consejo de Estado reitera y explica analizando el porque, juridico de esa interpretación así:

“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

⁹⁷JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394.Consejero Ponente:Dr.Germán Rodríguez Villamizar

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.

En tal virtud, como el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de 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.”⁹⁸

Ahora, bien existen puntos transigibles entre las entidades estatales y los particulares que pueden someterse al arbitramento y en cuyo caso es muy beneficioso para las partes y para el aparato judicial, El Consejo de Estado así lo aclara:

“no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un tribunal de arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que

⁹⁸ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.

De igual manera, la Sala reliva la importancia que representa la jurisdicción arbitral, como mecanismo para la solución pacífica de los conflictos entre los particulares y de éstos con el Estado, con cuya actividad se contribuye en buena medida al logro del fin estatal consagrado en la Constitución Política, de impartir pronta y cumplida justicia, como mecanismo de descongestión judicial en el marco de la democracia participativa en que se sustenta la fórmula política del Estado social de derecho acogida en el artículo primero de la Carta, pero, como se ha dicho, bajo los precisos términos que señale la ley (C.P. art. 116).”⁹⁹

Por lo tanto en cuanto al arbitramento y los actos administrativos, el control de legalidad de los actos administrativos lo ejerce el juez de lo contencioso Administrativo, tal como lo señala el Consejo de Estado: la pronunciación de legalidad de estos actos son exclusivos y excluyentes de la jurisdicción Contenciosa Administrativa por tratarse del ejercicio de una función del Estado, y siendo esto de orden público no puede estar sujeto a la voluntad de las partes en el arbitramento. Así lo señalan los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, sí bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

El arbitramento tal como lo señala la ley es un mecanismo ágil para resolver los conflictos entre las partes, también es verdad que esto puede llevar a un proceso judicial. Sin embargo creemos que es una etapa importante en la que pueden

⁹⁹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

terminar los problemas y de ser así , ganarán todos. De lo contrario está el aparato judicial donde se tendrá que llevar y resolver dichos conflictos.

7.3 EFECTOS JURÍDICOS DE LOS ACTOS CONTRACTUALES ADMINISTRATIVOS

De acuerdo con el Libro del Nuevo Régimen de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, señalamos la interpretación que realiza esta entidad respecto al tema de los efectos jurídicos de los actos contractuales administrativos de la manera siguiente:

- Si en la conciliación administrativa es válido que se concilie sobre los efectos patrimoniales originados por actos administrativos, entendiéndose que los efectos legales del acto administrativo se extinguen como en una revocatoria directa, también es cierto que los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos.
- Se observa que los efectos patrimoniales causados por los actos administrativos de interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad contractual, o cualquier otro acto administrativo contractual, son susceptibles de resolverse por la vía arbitral.
- Entonces, solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio Jurídico de transacción. Así, temas como: el cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, la

proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, pueden constituir tema arbitral, porque sobre los mismos procede la transacción, y no existe normativa que lo prohíba.

- La Constitución no prohibió que la jurisdicción de los árbitros se extendiera hasta el pronunciamiento mismo sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo contractual o extracontractual.

Un argumento Contrario nos expone la Jurisprudencia del Consejo de Estado de febrero de 2000, la cual cita a su vez una jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia y menciona lo siguiente:

“con relación a la imposibilidad de que el juez arbitral pueda juzgar la legalidad de los actos administrativos, aun a pesar de que las partes eventualmente así lo convieran, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de constitucionalidad del 12 de diciembre de 1991, al decidir la exequibilidad condicionada de los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, relativos a la conciliación en asuntos administrativos, expuso: Indisponibilidad del orden jurídico.

Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya "ius cogens" o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el sólo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones. No pudo ser éste el querer del legislador autor de la Ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad.

En efecto, si bien es factible que las partes de un contrato en donde una de ellas sea una entidad del Estado, pueden convenir en someter a la decisión de arbitros

las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de ese tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación, criterio éste hoy adoptado por el legislador en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 en los siguientes términos:

De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un sólo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos.

Resulta entonces, no sólo jurídico sino también razonable, que sea la jurisdicción contencioso administrativa la que deba asumir el conocimiento pleno de la controversia.”¹⁰⁰

En Conclusión, a pesar de que las partes Cámara de Comercio y Consejo de Estado tiene sus fundamentos respectivos encontramos que la administración pública requiere la autorización legal expresa para incluir la cláusula compromisoria, siendo excepcional su utilización, mientras la cláusula de caducidad es de obligatoria incorporación en los contratos de la administración a que se refiere el artículo 254 del CCA, la compromisoria es opcional, y tal opción sólo cuando la consagra la ley.

¹⁰⁰ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 23 de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

Entonces de acuerdo con la norma del Código Contencioso Administrativo y siendo coherente con las definiciones antes tratadas sobre la cláusula de caducidad y compromisoria respectivamente, al ser éstas excluyentes y al tratarse los temas de incumplimiento del contratista por la cláusula de caducidad, nos parece que los temas esenciales del contrato estatal y sus efectos deben quedar por fuera de la disposición para transigir ya que la importancia de su objeto y el interés general debe estar vigilado por quienes son idóneos conforme a la constitución y a la ley, en otras palabras no deben estos aspectos someterse a la decisión de un arbitramento.

8. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El proceso arbitral se tramita en dos instancias: prearbitral y arbitral. La ley 446 de 1.998 en sus capítulos 2 y 3 disponen el trámite prearbitral y el procedimiento del arbitraje lo encontramos en diversas normas como el Decreto ley 1818 de 1.998, la ley 446 de 1.998, la ley 23 de 1.991, el Decreto 2279 de 1.989, Decreto 2651 de 1.991 normas vigentes.

El proceso arbitral comprende la etapa prearbitral, la etapa arbitral con los recursos de anulación y revisión procedentes en el proceso arbitral. Todo el proceso lo presentamos a continuación especificando cada etapa en un capítulo propio.

Para tener una idea general la etapa prearbitral contiene:

El trámite, la solicitud, demanda, admisión, traslado y contestación, nombramientos, Impedimentos, recusaciones, inhabilidades de los árbitros y la audiencia de conciliación.

La etapa arbitral contiene:

La instalación del tribunal, celebración de audiencias, pruebas, medidas cautelares, laudo arbitral y recursos.

8.1 ETAPA PREARBITRAL

La etapa prearbitral encierra todos los aspectos, trámites que se llevan a cabo antes de la instalación del tribunal, ante el director del Centro de arbitramento.

8.1.1 Trámite del Procedimiento Arbitral

Para iniciar el proceso de arbitramento hay que tener en cuenta los artículos 12 y 14 del decreto 2651 de 1.991 en los cuales se dispone que los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores

a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales de menor cuantía los demás; en estos últimos no se requiere de abogado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro será único. Los que no versen sobre derechos patrimoniales se asimilan a los de mayor cuantía, y si el asunto es de menor cuantía o no versa sobre derechos patrimoniales, habrá lugar al amparo de pobreza en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, y podrá ser total o parcial; si hay lugar a la designación de apoderado, ésta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro.

De acuerdo con el decreto 2651 de 1.991, artículo 16:

1. Si el asunto es de menor cuantía se aplicarán los artículos 436 a 438 y los párrafos 1º , 2º y 3º del artículo 439 del Código de Procedimiento Civil y la demanda puede presentarse verbalmente. Es decir el proceso verbal sumario

2. Si el asunto es de mayor cuantía se aplicarán los artículos 428 a 430 y los párrafos 1º , 2º y 3º del artículo 432 del mismo Código y cabe reconvención. Es decir Proceso Verbal.

8.1.2 Solicitud, Demanda, admisión, traslado y contestación

Se presenta una solicitud, que deberá reunir los mismos requisitos exigidos por la ley para la demanda arts. 75,76 y 77 del Código de procedimiento Civil, dirigida al centro de arbitraje, conforme lo enuncia el numeral primero del artículo 15 del decreto 2651 de 1.991, el cual citamos a continuación:

“Decreto 2651 Artículo 15:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al centro de arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y si fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos, a elección de quien convoca el tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quienes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el director del centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.

3. Si se ha delegado la designación, el centro de arbitraje requerirá al delegado para que en el término de 5 días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como en el numeral anterior, en caso contrario el centro designará los arbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el centro las citará a audiencia para que éstas hagan las designación total o parcial de los árbitros. El centro hará las designaciones que no hagan las partes.

5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros y se procederá de la misma forma que para designarlos.”¹⁰¹

8.1.2 Nombramientos

En esta etapa cuando las partes no han nombrado a los árbitros, este nombramiento se hace de las listas del centro de arbitraje, junto con el nombramiento del secretario también por medio de listas. Los designados deben aceptar, ó de lo contrario serán excluidos de las listas respectivas.

Las partes determinarán libremente el lugar donde debe funcionar el tribunal; a falta de acuerdo el mismo tribunal lo determinará.

Tarifas de Administracion de Tribunales de Arbitramento

Los gastos de cada Tribunal de Arbitramento administrado por la institución, tendrán la siguiente tarifa de aplicación gradual y acumulativa, así:

¹⁰¹ DECRETO 2651 DE 1.991. Capitulo II, Artículo 15.

Cuantía del litigio	
De \$1.000.000 ó menos,	la suma fija de \$50.000
\$1.000.001 hasta \$5.000.000	el 2,0%
\$5.000.001 hasta \$15.000.000	el 1,0%
\$15.000.001 hasta \$25.000.000	el 0,9%
\$25.000.001 hasta \$35.000.000	el 0,85%
\$35.000.001 hasta \$45.000.000	el 0,8%
\$45.000.001 hasta \$55.000.000	el 0,75%
\$55.000.001 hasta \$65.000.000	el 0,6%
\$65.000.001 hasta \$75.000.000	el 0,5%
\$75.000.001 hasta \$85.000.000	el 0,4%
\$85.000.001 hasta \$100.000.000	el 0,3%
\$100.000.001 hasta \$300.000.000	el 0,2%
De \$300.000.001 en adelante	el 0,1 % sin exceder el tope máximo de quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Como tarifa mínima por gastos de administración de Tribunales de Arbitramento se establece la suma de 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1°. Esta tarifa comprende la utilización del Centro en días hábiles y hasta por seis (6) meses.

Si el funcionamiento del Tribunal excede del término de seis (6) meses a que antes se hizo referencia, se cobrará el tiempo y los servicios adicionales en forma proporcional.

Parágrafo 2°. El Centro podrá arrendar la sede y demás servicios para el funcionamiento de los tribunales de arbitramento sin asumir la administración del trámite. Para el efecto y de acuerdo con la solicitud, se acordará la duración y el valor del costo del arrendamiento y los servicios que se encuentren incluidos dentro de dicho costo. En tal caso, será obligatorio el respeto de las tarifas contemplado en el presente Reglamento por parte de los árbitros.

Cálculo de Tarifas para Arbitramentos

Para el cálculo de tarifas de arbitramento la Cámara de comercio de Bogotá a dispuesto en su pagina web una herramienta basada en Excel para realizar dichos cálculos, esta se puede encontrar en:

http://camara.ccb.org.co/documentos/2005_1_19_13_58_35_validacionarancel_2005.xls

Con esta herramienta realizamos los siguientes ejemplos:

1. Un arbitraje por un monto de 20 millones con 3 arbitros y los resultados fueron los siguientes:

Introduzca la Cuantía->			\$ 20.000.000,00
		3	<--- Si es Arbitraje, número de Arbitros
Administración			\$ 275.000,00
IVA (16%)			\$ 44.000,00
Administración más IVA			\$ 319.000,00
Honorario por Arbitro			\$ 730.000,00
Honorario Secretaría			\$ 365.000,00
Todos los Arbitros		3	\$ 2.190.000,00
Arbitros +		4	\$ 2.555.000,00
Secretaría			
Arbitros + Secretaría + Administración + IVA			\$ 2.874.000,00
Porcentaje sobre Cuantía			14,37%

Como se puede ver esta herramienta calcula el valor de la administración (contemplado en la explicación de **TARIFAS DE ADMINISTRACIÓN DE TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO**. En el punto anterior) y adicionalmente calcula el valor de los honorarios de cada uno de los arbitros incluyendo el pago de la secretaria correspondiente, por lo que para el ejemplo de 20 millones con 3

árbitros el valor del pago por concepto de administración es de: \$319,000.00 y el valor de los arbitros (incluida la secretaria) es de: \$2.555.000.00 para un total de: \$2.874.000.00.

2- Para un arbitraje de un contrato de 700 millones con 3 arbitros los resultados serian los siguientes:

Introduzca la Cuantía->			\$ 700.000.000,00
		3	<--- Si es Arbitraje, número de Arbitros
Administración			\$ 1.555.000,00
IVA (16%)			\$ 248.800,00
Administración más IVA			\$ 1.803.800,00
Honorario por Arbitro			\$ 5.455.000,00
Honorario Secretaria			\$ 2.727.500,00
Todos los Arbitros		3	\$ 16.365.000,00
Arbitros +		4	\$ 19.092.500,00
Secretaría			
Arbitros + Secretaría + Administración + IVA			\$ 20.896.300,00
Porcentaje sobre Cuantía			2,99%

Por los resultados obtenidos aquí podemos analizar que a una mayor cuantia el valor a pagar es menor en terminos del porcentaje sobre esta, para el primer caso el porcentaje correspondia a 14,37% y para el segundo 2,99%.

Teniendo en cuenta que en los procesos de arbitramento, como principio general las partes acuerdan el tiempo máximo de duración del proceso y de no ocurrir así, el tiempo que la ley determina para proferir el laudo es de máximo 6 meses contados a partir del momento en que se decreten pruebas en la primera audiencia de trámite, el tiempo real de duración del proceso de arbitramento es predecible y podríamos decir no muy extenso si pensamos en dos ó tres años con

algunos inconvenientes no tan graves. Estos inconvenientes en el caso del arbitramento podrían ser tres: 1- las prórrogas solicitadas por los apoderados o las partes que no pueden exceder de 6 meses, 2- por suspensión o interrupción del proceso por causas legales. 3- los términos de vacancia judiciales.

Los inconvenientes de tiempo también se presentan en la Justicia ordinaria, pero a diferencia del arbitramento las partes no tienen ese principio dispositivo para determinar el tiempo de duración del proceso, lo cual en la mayoría de los casos siempre es perjudicial para las partes, pues son hasta muchos años los que pasan para resolver un conflicto, que según el caso, si las partes hubieran podido acudir a una vía alterna como el arbitramento, resultarían con mayores beneficios como tiempo, tranquilidad, y costos.

Encontramos que el tiempo es un factor importante para determinar si el proceso arbitral es costoso o no, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto y según el ejercicio presentado concluimos que el costo es razonable para los problemas de cuantías altas, pero cuando las cuantías son bajas resulta costoso acudir a esta vía alterna. Podríamos pensar que el servicio es benéfico para quienes llevan un nivel de vida alto, sin embargo aún en la justicia ordinaria encontramos cuestionable lo costoso que para la gente sin mayores recursos significa pagar un abogado y obtener una pronta solución a su problema.

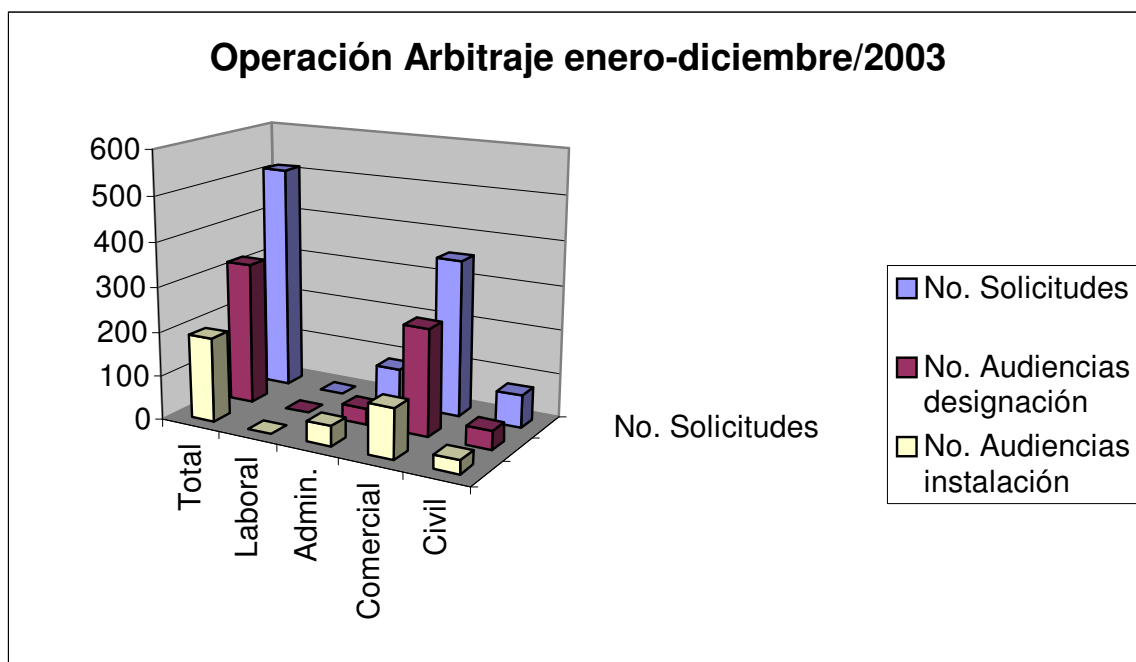
Gráficas Comparativas

Todos los datos aquí suministrados fueron obtenidos en el enlace: <http://camara.ccb.org.co/> de la cámara de comercio de Bogotá

Operación Arbitraje Enero-Diciembre/2003

Especialidades	Civil	Comercial	Admin.	Laboral	Total
No. Solicitudes	74	354	83	0	511

No. Audiencias designación	43	241	37	0	321
No. Audiencias instalación	31	113	46	0	190



En el año 2003 la operación de arbitraje reportó la siguiente actividad:

- 1- Solicitudes: En su totalidad fueron 511, de las cuales el área comercial arrojó el mayor número 354 correspondiente al 69% del total de solicitudes presentadas ante el centro de Conciliación y Arbitramento de La Cámara de Comercio de Bogotá. En segundo lugar se encuentra el área Administrativa con 83 correspondientes al 16% del total de solicitudes, luego civil con 74 correspondientes al 15% del total de las solicitudes y por último laboral con cero solicitudes.
- 2- Audiencias Designación: En su totalidad fueron 321, de las cuales el área comercial arrojó el mayor número 241 correspondiente al 75% del total de las audiencias de Designación. En segundo lugar se encuentra el área civil con 43

correspondientes al 13.5% del total de audiencias de Designación, luego administrativo con 37 correspondientes al 11.5% del total de las audiencias de Designación y por último laboral con cero audiencias de Designación.

3- Audiencias de Instalación: En su totalidad fueron 190, de las cuales el área comercial arrojó el mayor número 113 correspondiente al 59.4% del total de las audiencias de Instalación. En segundo lugar se encuentra el área administrativa con 46 correspondientes al 24.2% del total de audiencias de Instalación, luego civil con 31 correspondientes al 16.4% del total de las audiencias de instalación y por último laboral con cero audiencias de Instalación.

Con los anteriores datos podemos observar lo siguiente:

Comparando solicitudes con respecto a las audiencias de designación:

1- Encontramos que de un 100% correspondiente al total de 511 solicitudes en el año 2003, se realizó 321 Audiencias de designación por lo cual existió un porcentaje del 62.8% de audiencias de designación y un porcentaje correspondiente al 37.2 % en que las partes designaron su árbitro.

2- El mayor número de audiencias de designaciones se presentaron en el área comercial, lo cual no sorprende porque concuerda con el hecho de que en esta área ocurrió la mayor cantidad de solicitudes presentadas. Sin embargo del área civil y administrativa no podemos concluir lo mismo, a pesar de que la cantidad de solicitudes fue mayor en el área administrativa con relación al área civil, la cantidad de audiencias de designación se llevaron a cabo en el área civil, por lo que concluimos que en el área administrativa es donde más se presenta el hecho de que las partes elijan sus árbitros.

Comparando solicitudes con respecto a las audiencias de instalación:

1- Del total de 511 solicitudes se llevan a cabo 190 audiencias de instalación. Los motivos por los cuales no todas las solicitudes pasan a las audiencias de instalación son diversos entre ellos porque las partes presentan asuntos no transigibles, llegan a una conciliación previa, o deciden acudir a otra jurisdicción.

2- Del total de solicitudes que se presentan en cada área, el mayor porcentaje en llegar a la audiencia de instalación lo tiene el área Administrativa con una cantidad de 46 audiencias de instalación correspondiente al 55% de un total de 83 solicitudes. En segundo lugar el área Civil con 31 audiencias de instalación correspondiente al 41.8% de un total de 74 solicitudes. Y finalmente el área Comercial con 113 audiencias de instalación correspondiente al 31.9% de un total 354 solicitudes.

8.1.3 Impedimentos, recusaciones, inhabilidades, de los árbitros.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los 5 días siguientes a la designación del árbitro.

Los impedimentos y recusaciones operan para los árbitros de la misma forma y por las mismas causales previstas en el Código de procedimiento Civil para los jueces. Artículos 149 a 156 del CPC.

El artículo 133 del Decreto 1818 de 1.998 dispone lo siguiente:

“siempre que exista o sobrevenga causal de impedimento, el árbitro deberá ponerla en conocimiento de los demás y se abstendrá mientras tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo el asunto.

La parte que tenga motivo para recusar a alguno de los árbitros por causales sobrevinientes a la instalación del tribunal, deberá manifestarlo dentro de los 5 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento de la causal, por escrito presentado

ante el secretario del tribunal. Del escrito se correrá traslado al árbitro recusado para que dentro de los cinco días siguientes manifieste su aceptación o rechazo.”¹⁰²

Los artículos 134 al 137 del decreto 1818 de 1.998 continúan describiendo el trámite de la recusación o impedimento que consiste en :

- Rechazo de la recusación por el árbitro. Si rechaza expresamente o no hace uso del traslado, los demás aceptarán o negarán mediante auto motivado y notificado a las partes en la audiencia correspondiente en los cinco días siguientes al vencimiento del traslado para el árbitro recusado.
- Aceptada la causal de impedimento o recusación, los demás árbitros lo declararán separado del conocimiento del negocio y comunicarán el hecho a quien hizo el nombramiento para que sea reemplazado. En caso de que no se haga dentro de los 5 días siguientes de la aceptación de la causal, el Juez Civil del circuito del lugar decidirá a solicitud de los demás árbitros. Contra esta providencia no existe recurso alguno.
- Cuando haya empate entre árbitros al decidirse la recusación o impedimento, ó si el árbitro es único, también se enviarán las diligencias al Juez del Circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitramento para que decida de plano. De igual forma decide el Juez del circuito, cuando todos los árbitros ó la mayoría se declaren impedidos o fueren recusados.
- Al prosperar el impedimento o la recusación, la decisión se comunicará a quien hizo el nombramiento para que proceda al reemplazo de la forma como se designa.
- Si el impedimento o la recusación es infundada, el juez devolverá el expediente al tribunal de arbitramento para que continúe su actuación.

¹⁰² Decreto 1818 de 1.998. Parte segunda. Título I, Capítulo II, artículo 133.

- La suspensión del proceso arbitral se presenta desde el momento en que el árbitro se declare impedido, acepte la recusación o acepte el trámite de ésta, hasta cuando se resuelva. No se afecta la validez de los actos anteriores. También hay suspensión del proceso arbitral por muerte o inhabilidad del alguno de los árbitros. Esto hasta que se nombre reemplazo.
- El tiempo que demore cualquiera de los tramites aquí mencionados, se descuenta del término señalado a los árbitros para que pronuncien su laudo.

8.1.4 Audiencia de conciliación

Señalamiento de fecha y hora para la audiencia, conforme al artículo 430 del Código de procedimiento civil.

Vencido el término de traslado de la demanda, el de las excepciones de mérito cuando se hubieren propuesto y decididas las excepciones previas, si fuere el caso, . Salvo que con anterioridad se hubiere intentado, habrá lugar a una audiencia de conciliación, la cual se cumplirá ante el director del centro como conciliador, y se efectuará una vez que se hayan cumplido todos los trámites previos a la instalación del tribunal. El director del centro fijará lugar, día y hora para dicha audiencia que no podrá efectuarse antes de cinco días ni después de diez, contados a partir de la fecha de la convocatoria, la cual se comunicará telegráficamente a las partes.

El director prevendrá a las partes para que en ella presenten los documentos y testigos. Aquí cabe la reconvencción y no proceden las excepciones previas. Si se propusieren excepciones previas, éstas serán resueltas por el tribunal en la primera audiencia del trámite.

La audiencia de Conciliación que se surte durante la etapa prearbitral, es la única legal obligatoria en el proceso arbitral. La conciliación se verifica exclusivamente

por la autoridad administrativa, el particular y el Director del centro de arbitraje o su delegado, sin que exista el deber de citar previamente al agente del Ministerio Público.

Entonces la conciliación en el arbitraje administrativo es la única que de forma excepcional no requiere citación previa del agente del Ministerio Público, ni está sometida a la aprobación judicial.

El artículo 72 de la Ley 446, parágrafo, establece la intervención y asistencia obligatoria del señor agente del Ministerio Público, se refiere exclusivamente a la conciliación judicial, es decir aquella surtida ante el juez o corporación de lo contencioso administrativo.

Según la Cámara de Comercio de Bogotá, el arbitraje administrativo, en la práctica es casi imposible encontrar reclamaciones estrictamente patrimoniales, sin que exista relación jurídica alguna con los actos administrativos expedidos en razón de la adjudicación, desarrollo o liquidación del contrato.

8.1.5 Jurisprudencia sobre la Etapa Prearbitral, Funcion de Centros de Arbitraje y sus Actos.

En Jurisprudencia de la Corte constitucional C-1038 de 2002, que nos permitimos resumir y transcribir, las normas del artículo 13 y 15 del decreto 2651 de 1.991 fueron demandadas por incostitucionalidad respecto del artículo 116 de la Constitución política, (recordemos que este artículo permite a los particulares atribuírseles transitoriamente funciones de administración de justicia), el demandante argumentó que el centro de conciliación al adelantar esa fase prearbitral realiza funciones judiciales, sin ser un árbitro designado por las partes con lo cual contraría el citado artículo Constitucional. La corte Constitucional menciona que en este caso El Ministerio de Justicia y de Derecho intervino sustentando que de las normas demandadas el artículo 13 y 15 del decreto 2651

de 1.991 fueron declaradas exequibles por la Sentencia C-592 de 1992, con excepción de los numerales 3° y 4° , de los cuales se concluyó que son constitucionales pues contienen tres formas de designación de árbitros que “**se adecuan a la filosofía del instituto del arbitramento**”¹⁰³, garantizan las tres características esenciales del mecanismo: voluntariedad, temporalidad y excepcionalidad. cuando el centro de arbitraje designa los árbitros, deberá contar con la autorización expresa de las partes en conflicto.

Además en los centros de arbitraje existe la especialización y eficiencia donde el tribunal se concentra en las labores de instrucción y decisión, mientras que las actuaciones de impulso y trámite son encomendadas al director del centro. Según su parecer, la labor del director del centro de arbitraje en la etapa inicial, si bien puede tener una connotación judicial, no se opone a la filosofía del instituto, como quiera que realiza labores de simple trámite y de impulso procesal, mientras se instala el tribunal de arbitramento. Por ello concluye que esa etapa consigue una finalidad legítima, al concentrar la tarea propiamente arbitral en los asuntos materia de conflicto.

De igual manera, la Academia Colombiana de Jurisprudencia expresó al respecto lo siguiente:

“esas atribuciones del centro no pueden invadir la órbita de los árbitros, pues la Carta otorgó las funciones arbitrales a los árbitros y no a los centros ni a sus directores. Ahora bien, precisa el interviniente, las funciones propias de los árbitros son no sólo el fallo definitivo sino además todas aquellas que desarrollan el principio fundamental del debido proceso, entre ellas: el acceso a la justicia; del derecho de defensa; el derecho a aportar pruebas y a su controversia. Y por ello considera que la función judicial no solo se cumple con la decisión final, sino con el adelantamiento del procedimiento que constituye uno de los elementos estructurales del proceso, por lo que las actuaciones de admisión, inadmisión,

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

rechazo de una demanda arbitral no pueden de ninguna manera ser de la competencia del director del centro de arbitraje ni mucho menos que este pueda delegar en otros funcionarios tal facultad. Con base en esas consideraciones, el ciudadano concluye que las disposiciones acusadas son inexequibles, pues otorgan al director del centro de arbitraje atribuciones judiciales, mientras que la Constitución reservó esa función judicial transitoria a los árbitros, pero no a los directores de los centros. El interviniente solicita entonces a la Corte que retire del ordenamiento las normas demandadas pero que, para evitar traumatismos, recurra a una sentencia integradora que precise que las actuaciones reguladas por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 deben ser adelantadas por el tribunal de arbitraje, una vez que se haya instalado.”¹⁰⁴

Otro argumento importante es el que realiza la intervención Ciudadana, en el mismo sentido de las anteriores manifestaciones, la cual dice:

“el actor se equivoco al caracterizar la función de los centros de arbitraje como judicial, puesto que ella es pública pero de naturaleza administrativa”¹⁰⁵

La intervención ciudadana sustenta con base en la Sentencia C-649 de 2000, en cuanto hay duda en la naturaleza de las funciones de los centros de arbitraje, donde se concluye que tales funciones no son de carácter judicial sino administrativa, ya que la concesión de facultades judiciales a los particulares es excepcional, y por ende de interpretación restrictiva. También cita la sentencia T049 de 1.993 en donde se señala lo siguiente;

“a diferencia de los árbitros que dictan el derecho entre las partes del arbitramento con efecto de cosa juzgada y, por ende, ejercen una función jurisdiccional, los

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

centros de arbitraje, apenas circunscriben su actividad en la etapa prearbitral a realizar los actos preparatorios necesarios para que el tribunal de arbitramento se instale y ejerza su poder delegado”¹⁰⁶.

El Concepto del procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto 2944 recibido el 19 de julio de 2002, solicita la exequibilidad de las normas del artículo 13 y 15 del decreto 2651 de 1.991, con fundamento en las sentencias nombradas previamente por los otros intervinientes, sin embargo señala; que las actuaciones de los árbitros son las de naturaleza judicial, transitoria, como lo afirma la sentencia SU 600 de 1.999. y que los actos de los centros de arbitramento están sometidos al control del juez contencioso administrativo, por el cual se concluye que es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el medio más expedito para ejercer control de los actos de la administración según la sentencia T-049 de 1.993. Aclara además que la interpretación de la Corte Constitucional es la siguiente:

***“ente que está llamado a interpretar con autoridad las normas constitucionales y, como tal, sus decisiones en esta materia prevalecen sobre las de los demás órganos estatales”.*¹⁰⁷**

La Sala Plena de La Corte Constitucional Considera sobre las normas del artículo 13 y 15 del decreto 2651 de 1.991, lo siguiente:

En primer lugar con respecto a los artículos 13 y 15 del decreto 2651 de 1.991, recogidos por la ley 446 de 1.998. Y considerando se aplique Cosa Juzgada, por una anterior decisión (C- 586/92) sobre los mismos temas, la Corte cita el argumento de dicha sentencia la cual consideró:

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

“El artículo 116 de la Constitución Política, señala que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la justicia penal militar, administran justicia; que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales; que la ley podrá atribuir funciones judiciales a determinadas autoridades administrativas, salvo para adelantar la instrucción de sumarios o para juzgar delitos; que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la función de conciliadores o de árbitros, luego no desvirtúa el principio de la separación de poderes (art. 113 de la C.N.) ni la autonomía de la rama judicial del poder público (art. 228 de la C.N.), ni el debido proceso que falta de juez competente, el traslado a tribunales de arbitramento en que los particulares desarrollan la función arbitral de tipo jurisdiccional, ni las funciones que defiende el Decreto 2651 a los centros de arbitraje para admitir la solicitud de arbitramento, ni la posibilidad de que estos designen árbitros, por cuanto, se ha visto, la Constitución Política autoriza a los particulares. Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4° del artículo 116, según el cual, hace parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento el principio de la voluntariedad de las partes en sus funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley.”¹⁰⁸

Entonces La corte tuvo en cuenta que, aunque el Decreto 2651 tenía carácter transitorio cuando se demandó dichos artículos, y la Ley 446 los retomó con carácter permanente, no varió en absolutamente nada el contenido, éste se mantuvo intacto, tal cual se demandaron y se resolvió en 1.992. Por lo tanto ante esta situación la Corte expresa:

“Siendo así, considera la Corte que en el presente caso la transitoriedad del precepto con que nació el Decreto 2651/91 parcialmente acusado, en nada incide sobre la constitucionalidad del artículo 51, objeto de demanda, juzgado por la Corte en la Sentencia C-586/92, pues además de que su contenido no ha sido modificado, tanto en esa época como hoy, que ha sido adoptado como norma permanente, debe ajustarse a las normas constitucionales que, dicho sea de paso, son las mismas

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

que regían para ese momento. Distinto sería que las disposiciones constitucionales aplicables hubieran sido reformadas, pues ahí se habría lugar a un nuevo examen. Ahora bien, la declaración de exequibilidad de las normas sobre arbitramento por la Sentencia C-592 de 1992 no dependió de la vocación transitoria del Decreto 2651 de 1991, ni ha habido ninguna modificación del régimen constitucional del arbitramento. Por ello la Corte concluye que existe cosa juzgada con respecto a los artículos 13 y 15 del Decreto 2651 de 1991, con excepción de los numerales 3° y 4° del artículo 15, cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998. En relación a esas disposiciones, la Corte se estará entonces a lo resuelto en esa sentencia.”¹⁰⁹

En conclusión las normas no contrarían la Constitución, se respeta por ellas el debido proceso, el principio de habilitación ó disposición de las partes, las cuales pueden decidir acudir a un tribunal de arbitramento y de igual forma escoger un árbitro para que conozca de los asuntos que las partes desean exponer y solucionar. Todo esto se ajusta a la constitución y a la ley. Esto lo señala La corte constitucional en sus argumentos de la siguiente manera:

“el hecho de que el legislador haya decidido regular los centros de arbitramento y atribuirle algunas competencias en la llamada fase prearbitral no es en sí mismo inconstitucional, la voluntariedad del arbitramento no excluye que el Congreso pueda regular el proceso arbitral. Esta competencia del legislador es clara, no sólo porque expresamente el artículo 116 superior indica que el ejercicio de la función arbitral se adelanta en los términos que determine la ley, sino además porque esa intervención legislativa aparece necesaria para amparar el derecho al debido proceso (C.P., art. 29). Por ello esta Corte había señalado con claridad que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

No existe pues ningún reparo constitucional a la existencia misma de la regulación de las actividades y competencias de los centros de arbitraje, y a la colaboración de esas entidades, dentro de un marco legal, para una adecuada y ágil conformación de los tribunales de arbitramento”¹¹⁰

Entonces el acceso a la justicia arbitral es voluntario y la función de administración de justicia por los árbitros y los centros de arbitraje deberán desarrollarse en los términos que determine la constitución artículo 116 y la ley.

En segundo lugar, la Corte La Corte Constitucional en este fallo C-1038 de 2002, analiza las normas acerca de las funciones de los centros de arbitramento. Para ello hace la descripción del proceso prearbitral así:

“Las funciones de los centros de arbitraje y de su director en la fase prearbitral. Las normas acusadas establecen que la solicitud de convocatoria de un arbitramento debe reunir todos los requisitos de la demanda y ser dirigida al centro de arbitraje acordado. A falta de este, a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y si ésta fuere plural o tuviere varios domicilios, al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca el tribunal. Establecen igualmente que en estos casos se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil, que tiene que ver con la admisión de la demanda, su traslado y contestación. Igualmente señalan que debe citarse a audiencia de conciliación, que se celebrará de conformidad con el procedimiento civil, y que en esa fase cabe la reconvención, pero no proceden las excepciones previas. Esas disposiciones precisan que todos esos trámites deberán surtirse ante el director del centro de arbitraje, sin perjuicio de que pueda delegar estas funciones.

Esas normas indican además las actividades que el centro de arbitraje y su director adelantan para la designación de los árbitros y la conformación del tribunal. Así, si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

director del centro debe citarlos personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien. Si las partes han delegado la designación, el centro de arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco días haga la designación. En caso de no aceptación de los árbitros o si las partes no han nombrado, el centro las citará a audiencia, hará que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros y el centro hará las designaciones que no hagan las partes.

Posteriormente, si fracasa la conciliación y ya ha sido integrado el tribunal de arbitramento, el centro de arbitraje fija fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes. El director del centro entrégará entonces a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento. Y en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 124 de la Ley 446 de 1998, el tribunal resolverá sobre su propia competencia, mediante auto que sólo es susceptible de reposición.”¹¹¹

La Corte Constitucional destacó que la etapa prearbitral es importantísima y trascendente, en donde se realizan actos procesales como admitir, notificar, rechazar la solicitud de convocatoria, conducir la audiencia de conciliación, traslado y contestación de la demanda arbitral. Y anotó que aunque ha sido difícil históricamente diferenciar la naturaleza judicial de la administrativa señala ciertos criterios jurisprudenciales que existen para tomar una determinación al respecto, estos son:

Criterios formales:

Primero “es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

jurídica consolidada. Es decir, las funciones judiciales se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada,”¹¹²

Segundo ***“la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Es decir las funciones judiciales son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces”***¹¹³

Tercero ***“el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Es decir las funciones judiciales se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.”***¹¹⁴

La corte Constitucional también manifestó criterios materiales:

Primero: ***“la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (C.P., art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales.”***¹¹⁵

Segundo: ***“el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (C.P., art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el***

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial.¹¹⁶

La corte Constitucional señala que los anteriores criterios son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitraje en la fase prearbitral son de naturaleza judicial.

Desde el punto de vista formal, en la etapa prearbitral no se decide directamente el fondo de la controversia, pero si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial.

Desde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde a los árbitros, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento.

8.2 ETAPA ARBITRAL

La etapa Arbitral comprende desde la instalación del tribunal todas las actuaciones que se desarrollan ante los árbitros dirigidas a obtener una decisión ó laudo arbitral.

8.2.1 Instalacion del Tribunal

Aceptados los Cargos por los árbitros, se procede a instalar el tribunal, luego se elegirá un presidente entre ellos y se elegirá un secretario distinto de entre la lista del tribunal, quien tomará posesión ante el presidente.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia número C-1038 de 2002. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Expediente d-4066.

Según el Decreto 2651 de 1991 y el decreto 1818 de 1.998 el procedimiento para el trámite arbitral es el siguiente:

El decreto 2651 de 1.991 en el artículo 17 señala los aspectos que se deben dar para la instalación del tribunal los cuales son:

1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del tribunal e integrado éste, y fracasada la conciliación o si ésta fuere parcial, o no tuviere lugar por haberse surtido con anterioridad, el director del centro de arbitraje fijará fecha y hora para la instalación del tribunal, que se comunicará telegráficamente a los árbitros y a las partes, salvo que éstos hubieren sido notificados en estrados.
2. Si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6 del artículo 15 del decreto 2651 de 1.991 y citado en la parte prearbitral.
3. El director del centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.
4. Cuando el asunto sea de menor cuantía los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas del respectivo centro.
5. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo, según artículo 122 de la ley 446 de 1.998.

Ejecutoriada la providencia que define lo relativo a honorarios y gastos, se entregará el expediente al secretario del tribunal de arbitramento para que prosiga la actuación.

En firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará dentro de los diez días siguientes lo que les corresponde, éste depósito se hace a nombre del presidente del tribunal, quien abre una cuenta especial.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, la parte que consignó podrá hacerlo por la otra dentro de los cinco días siguientes pudiendo solicitar su reembolso de manera inmediata. Si no se reembolsa inmediatamente procede la vía ejecutiva de manera independiente al arbitramento, con base a la certificación expedida por el presidente del tribunal, con la firma del secretario y en la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago.

Cuando no se actúa por vía ejecutiva, el reembolso pendiente por gastos y honorarios se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida correrán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta que se cancelen todas las obligaciones. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones.

Si no se efectúa las consignaciones, el tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso ó cláusula compromisoria, quedando la opción de acudir a la justicia ordinaria. Artículo 105 de la ley 23 de 1.991.

Cuando ya se consignaron los honorarios y el tribunal se ha declarado competente, se entregará a cada árbitro y al secretario, la mitad de los honorarios y el resto quedará en la cuenta. El presidente distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje.

Si el asunto a tratar en el arbitraje se estuviere conociendo en la justicia ordinaria, el tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Así al aceptar el tribunal su competencia, informará enviando las copias que correspondan al juez y éste dispondrá la suspensión. De no concluir el arbitraje

con laudo ejecutoriado se reanuda el proceso ante el juez, cuando el presidente del tribunal comunique al despacho el resultado de la actuación.

8.2.2 Celebración de Audiencias

El tribunal de arbitramento realizará las audiencias necesarias a su juicio, con o sin las partes, así lo dispone el decreto 1818 de 1.998.

El proceso arbitral, después de haberse instalado el tribunal, se lleva a cabo única y exclusivamente por medio de audiencias.

Hay dos tipos de audiencias:

1. Audiencias generales y
2. Audiencias Privadas

Las Audiencias generales son las que se verifican con citación previa de las partes, aunque éstas no concurren. Las providencias que se profieren se notifican por estrado. Hacen parte de esta clase de audiencias las siguientes: La primera audiencia de trámite, las audiencias de instrucción, la de alegatos, y la audiencia final para laudar.

Las Audiencias Privadas son las que ocurren únicamente compareciendo el tribunal, sin citación de las partes y sus apoderados. Art.151 decreto 1818 de 1.998, los árbitros determinan la no participación de las partes. Un ejemplo es la audiencia para fijar la fecha de la primera audiencia de trámite, los apoderados no asisten a esta audiencia, entonces se les notifica personalmente la fecha en que se realizará la primera audiencia de trámite.

Luego de ordenarse los honorarios y competencia del tribunal de arbitramento, éste realiza la primera audiencia de trámite, la cual por el artículo 147 del decreto 1818 de 1.998 se desarrollará así:

1. En primer lugar el tribunal resolverá sobre su propia competencia, mediante auto sólo susceptible del recurso de reposición.
2. Si la acepta total o parcialmente, resolverá sobre las excepciones previas de conformidad con el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil en lo pertinente, así:
 - a) Si se trata de las excepciones contempladas en los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, y el tribunal lo considera pertinente, ordenará que dentro de los cinco días siguientes se subsanen los defectos o se presenten las documentos omitidos y procederá como se indica en el numeral 5 del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil;
 - b) En la misma audiencia resolverá sobre aquellas que no requieren práctica de pruebas; si la requieren, procederá como se indica en el inciso 1º del artículo 99 del código de procedimiento civil y resolverá en audiencia;
 - c) Dará aplicación al número 7 del artículo 99 del CPC que dice así: ***“Cuando prospere algunas de las excepciones previstas en los numerales 1, 3, 4,5,6,10 e inciso final del artículo 97, sobre la totalidad de las pretensiones o de las partes, el juez. Se abstendrá de decidir sobre las demás, y declarará terminado el proceso. Pero si el auto fuere apelado y el superior lo revoca, éste deberá pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas. En caso de que alguna de las excepciones anteriores prosperen exclusivamente respecto de uno o varios demandantes, o sólo en relación con una o varias de las pretensiones de la demanda de las que no dependan las otras, el proceso seguirá con los demás demandantes o sobre el resto e las pretensiones, a menos que al resolverse sobre las faltantes, se declare probada alguna que le ponga fin.”***¹¹⁷

¹¹⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.Titulo VII, Capitulo III, Artículo 99, num.7.

En caso del arbitraje, el que actuará será el árbitro y su superior para la apelación del auto será el tribunal superior del distrito judicial de la sede de donde funcione el tribunal de arbitramento, esto de acuerdo a que el recurso de anulación que procede para el laudo se surte ante este ente superior.

a) En el caso del número 8 del artículo 99, se dará por terminado el proceso cuando:

***“se declare probada la excepción de falta de competencia, en el mismo auto, el cual no es apelable, el juez ordenará remitir el expediente al que considere competente. Este dictará auto por el cual asume el conocimiento del proceso o se declarará incompetente, si quien se lo remite no es superior jerárquico; en el primer caso, deberá resolver en el mismo auto sobre las demás excepciones que sigan pendientes; en el segundo procederá como dispone el artículo 148.”*¹¹⁸**

En el arbitraje probada la excepción de falta de competencia, es el árbitro quien dará por terminado el proceso y dará lugar a que se acuda a la vía de la justicia ordinaria. No habrá remisión de expediente a otro árbitro. En este caso se termina el proceso.

e) En el caso del número 10 del artículo 99 dará aplicación al artículo 30 del Decreto 2279 de 1989.

El artículo 99 numeral 10 dice:

***“cuando prospere la del numeral 9 del artículo 97 se dará aplicación a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 83 del CPC.”*¹¹⁹**

El numeral 9 del artículo 97 dice:

***“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*¹²⁰.**

¹¹⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Título VII, Capítulo III, Artículo 99, num.8

¹¹⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Título VII, Capítulo III, Artículo 99, num.10

¹²⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Título VII, Capítulo III, Artículo 97, num.9

En este caso de no comprender a todos los litisconsortes necesarios se procede conforme al art. 83 del CPC. Este dice:

“Litis consorte necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas : Si no se hiciere así el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas , de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan . El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas, si las decretare concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”¹²¹

Este artículo del Código de Procedimiento Civil, en el caso del arbitraje, quien actúa es el árbitro y en lo relacionado al no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda o petición, el árbitro dispondrá la citación de las personas de oficio o a petición de parte mientras no se haya dictado el fallo o laudo.

- f) Dará aplicación al número 12 del artículo 99 del Código de procedimiento Civil.
Este numeral dice así:

¹²¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Título VII, Capítulo I, Artículo 83.

“Cuando como consecuencia de prosperar una excepción, quede eliminada la demanda inicial o la de reconvención, el proceso continuará respecto de la otra.”¹²²

Así cuando haya excepciones previas pendientes por contemplar, cuando alguna de ellas haya prosperado y elimine la demanda inicial o la de reconvención, se continuara el proceso para resolver la ó las excepciones previas pendientes.

g) Cuando como consecuencia de la prosperidad de una excepción previa termine el proceso, el tribunal devolverá a las partes tanto la porción de gastos no utilizados como los honorarios recibidos, con deducción de un veinticinco por ciento.

3. Resueltas las excepciones previas, si las hubo, resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria el tribunal recibirá la actuación en el estado en que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.

5. Se fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

Conforme al decreto 1818 de 1.998, art. 148 cuando por iniciativa de las partes, nuevas cuestiones aumentaren en forma apreciable el objeto del litigio, el tribunal podrá adicionar proporcionalmente la suma decretada para gastos y honorarios y aplicará lo dispuesto para la fijación inicial. Efectuada la nueva consignación, el tribunal señalará fecha y hora para continuar la audiencia, si fuere el caso.

8.2.3 Intervención de terceros

¹²² CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Titulo VII, Capitulo III, Artículo 99 num 12.

En cuanto a la intervención de terceros, el decreto 1818 de 1.998 artículos 149 y 150. Dispone que por la naturaleza jurídica del proceso que se debate, el laudo generará efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal a todas ellas para que adhieran al arbitramento, dicha citación se hará dentro de los cinco días siguientes a la fecha de expedición de tal providencia. Los citados deberán expresarse dentro de los 10 días siguientes si no lo hacen, o no se logran notificar se declararán extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos de la forma como ocurre en el caso de incompetencia del tribunal.

Cuando se adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará los honorarios y gastos con los que deben contribuir los adherentes.

La intervención de terceros se llevará a cabo de acuerdo con las normas del código de procedimiento civil. Los árbitros fijan la cantidad por concepto de honorarios y gastos para el tercero y tal providencia es suceptible de recurso de reposición, Debe consignarse dentro de los 10 días siguientes, si no lo hace el proceso continúa y se decide sin su intervención.

8.2.4 La Parte Probatoria

En cuanto a las pruebas y medidas cautelares, el decreto 1818 de 1.998 artículos 151 a 157, el decreto 2651 de 1.991 y las disposiciones complementarias con respecto a esta parte del proceso nos dicen:

El tribunal de arbitramento decretará y practicará las pruebas solicitadas y las de oficio.

El tribunal tendrá, respecto a las pruebas, las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil, Sección Tercera, Título XIII. Artículo 174 al 301.

Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles del recurso de reposición (artículo 31 del Decreto 2279 de 1989).

Para la práctica de pruebas, se tendrán en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, las reglas contenidas en los artículos 11, 12, 13 y 14 del decreto 1818 de 1.998, y los artículos 31 y 23 del Decreto 2651 de 1991 (artículo 125 de la Ley 446 de 1998).

En todo proceso, las partes, de común acuerdo, pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios;

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el árbitro(s) ordenará agregarlos al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo.

Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.

2. Si se trata de documento que deba ser reconocido, pueden presentar documento auténtico proveniente de quien deba reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. ***“Diligencia de reconocimiento: La declaración del citado será recibida previo juramento. Si el documento está firmado a ruego de una persona que no sabía o no podía firmar ésta deberá declarar si se extendió por su orden, si el signatario obró a ruego suyo, y si es cierto su contenido; cuando el citado no pudiere o no supiere leer, el juez deberá leerle el documento. En los demás casos bastará que el compareciente declare si es o no suya la firma o el manuscrito que se le atribuye. El reconocimiento de la firma hará presumir cierto el contenido. Si los sucesores o al***

mandatario no les consta que la firma ó el manuscrito noproviene de su sucesor así podrán expresarlo.¹²³

La declaración se entenderá prestada bajo juramento por la autenticación del documento en la forma prevista para la demanda.

Este escrito suplirá la diligencia de reconocimiento.

3. Presentar la versión de testigos, relacionada con el objeto del proceso. Este documento deberá ser autenticado por las partes y el testigo en la forma como se dispone para la demanda, se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la autenticación del documento.

4. Presentar documentos objeto de exhibición.

Cuando los documentos estén en poder de un tercero o provenientes de éste, éstos deberán presentarse autenticados y acompañados de un escrito, autenticado en la forma como se dispone para la demanda, en el cual conste expresamente el consentimiento del tercero para su aportación.

En estos casos, el tribunal ordenará agregar los documentos al expediente y se prescindirá de la exhibición, total o parcialmente, en la forma como lo soliciten las partes.

5. Presentar la declaración de parte, que haya expuesto el absolvente ante las partes. Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado, se incorporará al expediente y suplirá el interrogatorio respectivo. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la firma del mismo.

¹²³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL . Título XII, Capítulo VII, Artículo 273.

Las pruebas aportadas en la forma mencionada en este artículo serán apreciadas por el arbitro(s) en la respectiva decisión tal como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil :

(“necesidad de la prueba: Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”¹²⁴)

Y en todo caso el árbitro(s) puede aplicar el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

“Pruebas decretadas de oficio y/o a petición de parte: Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, de oficio cuando el juez lo considere útil para la verificación de los hechos relacionados con la alegación de las partes. Sin embargo para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno, Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva por costas.”¹²⁵

Cuando en un interrogatorio de parte ó en una declaración de tercero quien declara manifiesta que otra persona conoce los hechos, debe indicar quien y porque tal persona conoce del asunto. En este caso por ejemplo el árbitro puede citar de oficio, sin importar si pasó el término probatorio. El artículo 23 del Decreto 2651 de 1991 así lo señala:

“Cuando en interrogatorio de parte el absolvente o en declaración de tercero el declarante manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de ésta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el arbitro, si lo considera conveniente, citará de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio.”¹²⁶

¹²⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Titulo XIII, Capitulo I, Artículo 174

¹²⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Titulo XIII, Capitulo I, Artículo 179.

¹²⁶ DECRETO 2651 de 1.991. Artículo 23.

En el mismo decreto 2651 de 1.991 Artículo 24, nos dice que el testigo en su declaración puede hacer gráficos que se agregarán al expediente como parte del testimonio, y durante el testimonio también puede reconocer documentos.

8.2.5 Medidas Cautelares

En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares, conforme a las siguientes reglas:

Las Medidas Cautelares podrán decretarse cuando el tribunal asuma su competencia, o en el curso del proceso, cuando el asunto se relacione con el derecho de dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes.

Las medidas cautelares serán:

A. La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, el tribunal oficiará al registrador correspondiente el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. También ocurre respecto de los bienes del comercio y quienes los adquieran con posterioridad a estas medidas, estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Sí el laudo es favorable a quien solicitó la medida, se ordenará en el mismo laudo, la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad continúa en cabeza de la contraparte o de algun causahabiente.

Si el laudo es desfavorable se ordenará la cancelación de la inscripción.

Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del tribunal superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

B. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia puede practicarse durante el proceso a petición de parte; el interesado prestará caución para garantizar posibles perjuicios.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

Durante el proceso puede ocurrir que un tercero afectado pida levantar la ó las medidas, y el tribunal podrá hacerlo con previo traslado por tres (3) días a las partes. Y si existieran hechos por probar con esa petición o durante el tiempo de traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de tales hechos. (artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 4 del literal (a) por el artículo 110 de la Ley 23 de 1991).

8.3 CENTROS DE ARBITRAMIENTO.

El actual Ministerio del Interior y de Justicia expidió una resolución con el fin de determinar ciertos requisitos para los centros de conciliación y arbitraje. Esta resolución la citamos a continuación:

8.3.1 Resolución 1342 de 2004.

Esta Resolución establece los requisitos y procedimientos para la creación de los centros de conciliación y/o arbitraje, señalando que de conformidad con el Decreto 200 de 2003, El Ministro Sabas Pretelt de la Vega del Ministerio del Interior y Justicia tiene como función cumplir con las obligaciones asignadas por la ley al Ministerio en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Es así como en su primer artículo nombra las entidades que pueden crear centros de conciliación y arbitraje y los requisitos que deben reunir. Tales entidades son:

- Personas Jurídicas Sin ánimo de Lucro
- Las Entidades Públicas
- Consultorios Jurídicos de facultades de Derecho de las Universidades
- Las facultades de ciencias sociales y humanas y
- Las personas facultadas por la Ley.

Estas entidades deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud por escrito del representante legal de la persona interesada en la autorización de la creación de centro de conciliación y/o arbitraje al Ministerio del Interior y de Justicia.
2. Certificar la existencia y representación legal de la persona solicitante, así como su condición de persona jurídica sin ánimo de lucro, entidad pública, facultad de ciencias humanas y sociales, consultorio jurídico de una Facultad de Derecho y, en general, la calidad de persona autorizada por la ley para crear centros de conciliación y/o arbitraje.
3. Presentar un estudio de factibilidad coherente y razonable que cumpla con criterios de conveniencia y oportunidad soportado en información verificable que contenga:

- a) La ubicación del centro: Consiste en el conocimiento que la persona solicitante debe tener sobre las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, entre otras, de la población ubicada en el área de influencia del futuro centro, que le permitirá establecer la conveniencia y oportunidad para la creación del mismo, el cual deberá responder a unas necesidades especiales en materia de resolución de conflictos dirigido a una población objeto determinada;
- b) Tipología del conflicto: Hace referencia al estudio que la persona interesada debe hacer de los tipos de controversias que se presentan en la población objeto, para determinar la conveniencia y oportunidad de los servicios que ofrecerá el centro de conciliación y/o arbitraje para solucionar dichos conflictos;
- c) Estimación de la demanda del servicio: De conformidad con la ubicación del centro y la tipología del conflicto, la entidad interesada deberá presentar un análisis de la relación oferta-demanda de los conflictos que se presentan y las alternativas para su solución (justicia formal e informal), con el fin de establecer una proyección de los casos que se espera atender;
- d) Organización administrativa del centro: Consiste en la estructura funcional del centro para ofrecer sus servicios, entendida esta como el personal que desarrollará las actividades del centro con eficiencia y eficacia, teniendo en cuenta la ubicación del centro, tipología del conflicto, demanda del servicio; es decir, los factores necesarios de ingeniería institucional;
- e) Estrategia de divulgación: El centro de conciliación y/o arbitraje deberá contar con una estrategia de divulgación de los servicios que prestará (conciliación, asesorías, capacitaciones, etc.) a la población objeto, teniendo en cuenta los resultados de la investigación de ubicación del centro, tipología del conflicto y demanda del servicio;

f) Sistema de evaluación y seguimiento: El centro de conciliación y/o arbitraje deberá contar con un proyecto de evaluación y seguimiento a los servicios que presta a la comunidad, el cual incluirá indicadores de gestión, grados de satisfacción, cumplimiento de acuerdos, atención de quejas y reclamos, procedimiento para la atención en los casos de incumplimiento de los acuerdos o reincidencia del conflicto y mapa de riesgos;

g) Programa de educación continuada: El centro de conciliación y/o arbitraje deberá contar con un programa de educación continuada, entendido como la capacitación interna (funcionarios del centro), en mecanismos alternativos de solución de conflictos y gerencia de recursos. Con la realización de este tipo de actividades, se busca que las personas vinculadas al centro cuenten con un mecanismo de actualización constante sobre la materia de competencia;

h) Recursos logísticos y físicos: La persona interesada deberá demostrar que cuenta con los recursos logísticos, físicos necesarios para prestar con eficiencia y eficacia los servicios planeados o presentar un proyecto de factibilidad para la consecución de los mismos;

i) Recursos financieros: La persona interesada deberá demostrar que cuenta con los recursos financieros necesarios para prestar con eficiencia y eficacia los servicios planeados o presentar un proyecto de factibilidad para la consecución de los mismos. Para esto deberá aportar un informe en el cual se relacionen las fuentes de financiación que tendrá el centro, así como sus ingresos y egresos. Dichos recursos deben garantizar la sostenibilidad y crecimiento del centro;

j) Reglamento interno: El centro de conciliación y/o arbitraje deberá tener un reglamento interno que incluya como mínimo: (I) Las políticas y parámetros que garanticen la calidad, eficiencia y eficacia de los servicios que preste el centro; (II) Principios del centro; (III) Requisitos, nombramiento y funciones de cada una de las personas que hacen parte del centro; (IV) Procedimiento de conciliación, arbitraje,

entre otros; (V) Forma de reparto de los casos que se soliciten; (VI) Causales y procedimiento de las sanciones a las personas que hacen parte del centro; (VII) Código de Ética de las personas que hacen parte del centro; (VIII) Tarifas de los servicios; (IX) Deberes y obligaciones de las personas que hacen parte del centro;

k) Reglamento de arbitraje institucional: El centro que preste el servicio de arbitraje deberá presentar un procedimiento arbitral institucional, el cual debe incluir las tarifas por los servicios;

l) Lista de conciliadores: El centro deberá contar con una lista oficial de conciliadores, los cuales deberán acreditar su capacitación de conformidad con las normas vigentes sobre la materia;

ll) Otros mecanismos alternativos de solución de conflictos: Los centros que presten servicios en otros mecanismos alternativos de solución de conflictos diferentes a la conciliación y el arbitraje, deberán cumplir con las normas vigentes sobre la materia y deberán estar incluidos en el estudio de factibilidad con sus correspondientes requisitos.

El Procedimiento para la autorización de la creación de centros de conciliación y/o arbitraje, se encuentra a cargo de La Dirección de Acceso a la Justicia del Ministerio del Interior y de Justicia, la cual llevará a cabo el estudio del cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 1342 de 2004, para lo cual procederá de la siguiente manera:

1. Una vez radicada en el Ministerio del Interior y de Justicia la solicitud de autorización de creación del centro de conciliación y/o arbitraje, el Director de Acceso a la Justicia hará el reparto correspondiente atendiendo a la zonificación de los centros a nivel nacional.

2. El funcionario de la Dirección de Acceso a la Justicia a quien corresponda el estudio de la solicitud de autorización de creación del centro de conciliación y/o arbitraje, contará con un plazo de sesenta (60) días calendario para presentar un informe en el cual se indique el cumplimiento o no de los requisitos exigidos.

3. Con base en el informe presentado, el Ministerio del Interior y de Justicia decidirá sobre la conveniencia y oportunidad para la autorización de creación del centro de conciliación y/o arbitraje. En este sentido el Ministerio podrá: (I) Rechazar la solicitud por ser inconveniente o inoportuno la autorización de creación de un centro de conciliación y/o arbitraje en la zona de influencia del mismo. (II) Requerir la modificación, adición o corrección de algunos de los requisitos exigidos, para lo cual la persona solicitante tendrá un plazo de treinta (30) días calendario para subsanarlos so pena de archivo de la diligencia. (III) Autorizar la creación del centro de conciliación y/o arbitraje de conformidad con la solicitud presentada y sus anexos correspondientes.

4. El Ministerio del Interior y de Justicia realizará visitas a los centros de conciliación y/o arbitraje autorizados dentro de los tres (3) meses calendario siguientes a su autorización para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos. De lo contrario, el Ministerio podrá solicitar al centro un informe donde se pruebe el cumplimiento de los requisitos enunciados.

En esta resolución 1342 de 2004 se establece una serie de eventos por los cuales el Ministerio del Interior y de Justicia puede revocar la autorización del centro de conciliación y/o arbitraje. Estos eventos son:

1. Cuando se compruebe que se modificaron los requisitos aprobados en la metodología de factibilidad presentada sin aprobación previa del Ministerio.

2. Cuando se compruebe que no cumple con los requisitos exigidos para la autorización de la creación del centro de conciliación y /o arbitraje.

3. Cuando se compruebe que violó alguna norma legal vigente o sus reglamentos.

Esta Resolución se publicó el 17 de agosto de 2004.

De acuerdo con el contenido de esta resolución, entendemos que la entidad vigilante para estos centros de conciliación y arbitramento es el Ministerio del Interior y Justicia, por lo cual podemos acudir a esta entidad, dado el caso, para solicitar se visite y revise se esté dando cumplimiento a cabalidad de todos los requisitos y procesos que debe seguir el centro.

Puede ser que a partir de esta resolución, en un futuro mejore la cobertura para la población que necesita resolver sus conflictos contando con centros de Conciliación y Arbitramento idóneos y accequibles económicamente. Aunque en esta resolución no se observa haya un manejo preciso en las tarifas que presenta el Centro solicitante, imaginamos y esperamos en nuestra buena fé, que la Dirección encargada de revisar los requisitos se fijará en estos aspectos.

9. El Laudo arbitral

Conforme al Decreto 2279 de 1.989 artículo 33, después de las pruebas, el tribunal oirá las alegaciones de las partes, que no podrán exceder una (1) hora cada una; señalará fecha y hora para audiencia de fallo, en la cual el secretario leerá en voz alta las consideraciones más relevantes del laudo y su parte resolutive. A cada parte se le entregará copia auténtica del mismo.

El laudo o fallo del tribunal de arbitramento se asimila a una sentencia del Juez, así lo considera Jorge Hernan Gil en su libro Nuevo Régimen de Arbitramento, de la Cámara de Comercio, en donde señala ó define que por su contenido, alcance y efectos el laudo equivale a una sentencia, siendo el fallo definitivo que emite un tribunal de arbitramento sobre un conflicto. La Corte Suprema de justicia, también lo manifiesta cuando dice que el laudo es una verdadera sentencia manifestandolo así:

***"pues los arbitros mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo una consecuencia definitoria condensada de un proveído que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho"*¹²⁷.**

Al asimilar el fallo o laudo arbitral a la sentencia que provee el juez, podemos entonces remitirnos a las normas que el código de procedimiento Civil contiene al respecto, así el Código de procedimiento Civil define la sentencia de la siguiente manera:

***"Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión."*¹²⁸**

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia de 21 de marzo de 1997.

¹²⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Titulo XIV, Capitulo I, artículo 302.

El laudo encuadra en esta definición, pues como fallo, decide sobre las pretensiones y las excepciones de mérito.

De acuerdo con el libro Nuevo Régimen de Arbitramento de la cámara de comercio de Bogotá, el cual se refiere a la mayoría de votos de los árbitros para acordar el laudo, en el libro se interpreta el decreto 1818 de 1.998 artículo 158, en cuanto el tribunal esté integrado por más de un árbitro, el laudo deberá ser aprobado por la mayoría de éstos y, en todo caso, deberá ser firmado por todos los árbitros, incluyendo quienes hagan salvamento de voto. El árbitro que salve el voto deberá presentarlo en escrito separado expresando los motivos pertinentes. (Artículo 34 del Decreto 2279 de 1989).

El laudo siempre deberá aparecer firmado por los árbitros y el secretario, conforme el decreto 1818 de 1.998 art.158 donde se dispone que si alguno de los árbitros o secretario no firma perderá el saldo de honorarios que le corresponda el cual se devolverá a las partes.

De igual manera propios aspectos del arbitramento como otros que se remiten a los artículos del Código de Procedimiento Civil como los que encontramos en los artículos 302. 303. 304, 305, 306 a 312 sobre providencias del Juez, propiamente la sentencia, se aplican al laudo arbitral, tales aspectos los tratamos a continuación:

- a) Formalidades: El código de procedimiento Civil indica los aspectos básicos que debe contener la providencia como son el juzgado o corporación que se pronuncia, lugar y fecha en letras, firmas del juez o magistrados, deben ser motivadas de manera precisa y corta. El laudo arbitral cumple con todas estas formalidades, así lo podemos comprobar en el anexo que se encuentra al final de este trabajo.
- b) Contenido y parte Resolutiva: El código de procedimiento Civil señala el contenido de la sentencia, tales requisitos se aplican en el Laudo arbitral, como son:

- La síntesis de la demanda y contestación.
- La motivación; en la cual se lleva acabo el exámen crítico de las pruebas y razonamientos legales donde se expone la fuentes y argumentos para fundamentar las conclusiones.
- La fórmula sacramental como la conocemos en la parte resolutive de la sentencia "Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley" en cuya parte se debe referir a cada pretensión, a las excepciones de mérito existentes, a la liquidación de costas y de cualquier otra condena. En cuanto a la resolución de las excepciones de mérito el decreto 1818 de 1.998 en su artículo 20, dispone que se dará aplicación al inciso 3º del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil que dice:

“Resolución sobre excepciones: Cuando el Juez halle probado los hechos que constituye una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una exepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrán abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se propronga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.”¹²⁹

De acuerdo con el artículo 306 del CPC, en el arbitraje se aplican las mismas normas con respecto a las excepciones de fondo que en los procesos ante el juez, por lo tanto el árbitro se pronunciará en el laudo sobre la resolución de estas excepciones, salvo las que deben ser alegadas conforme a la ley como son prescripción, compensación y nulidad relativa.

¹²⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Titulo XIV, Capitulo I, Artículo 306.

Adicionalmente en esta parte resolutive se tienen en cuenta lo siguiente:

- Se ordena la protocolización del expediente en una notaría que corresponda al circuito de sede del tribunal.
- La falta de protocolización del expediente no produce ningún efecto procesal práctico, ni impide la ejecución del laudo.
- Se ordena que, previamente a su protocolización, se proceda al registro del laudo, cuando fuere el caso sujeto a este trámite.
- Se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas, siempre que la medida se haya ordenado contra la parte que resultó vencedora en el proceso.
- En el laudo deberá resolverse lo referente a la tacha de testigos y a la objeción de los dictámenes periciales.

Cuando una de las partes haya sido renuente a consignar lo que le correspondía por gastos y honorarios del tribunal y no se inició el proceso ejecutivo para obtener su recaudo, en el laudo se condenará a ésta a pagar dicha suma, más los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, desde el momento del abono de esta suma por la contraparte, hasta su pago efectivo. Sin embargo, si esta parte resulta triunfante en el proceso, en el laudo se podrán ordenar las compensaciones del caso.

En general se hará la liquidación de las costas y de cualquier otra condena. Lo anterior significa que en el proceso arbitral las condenas deben liquidarse en forma precisa.

Respecto a las agencias en derecho, ha sido costumbre que los honorarios del abogado sean, por lo menos, equivalentes a los honorarios de un árbitro.

Si la controversia se originó en un contrato estatal, es importante la expedición de copias del mismo para los fines previstos en los artículos 176 y 177 del Código

Contencioso Administrativo, en cuanto se refieren a ejecución y efectividad de condenas contra entidades públicas.

El fallo debe ser determinado, preciso y resolver todos los conflictos planteados, de manera definitiva, pues en el arbitramento no pueden producirse los laudos o fallos inhibitorios. Esta obligación de fallar brinda seguridad a las partes de que sus conflictos serán resueltos de forma definitiva, mediante un laudo que defina y permita darle una aplicación pronta al derecho, por lo tanto el laudo es ejecutable en forma inmediata aun en el evento en que se interponga recurso de anulación el cual trataremos más adelante.

a) Congruencias: El Código de procedimiento Civil dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, como con las excepciones que sean del caso. Igualmente cuando se trate de una pretensión de cantidad se reconocerá de acuerdo a lo probado. La congruencia abarca el aspecto en que se tendrá en cuenta cualquier hecho que modifique o provoque la extinción del derecho sustancial en litigio después de colocada la demanda siempre que sea probado y alegado por la parte interesada a más tardar en el alegato de conclusión y en caso de no proceder este alegato, se debe hacer antes de que entre a despacho para sentencia. Todo lo anterior se tiene en cuenta en el Laudo arbitral, en el último aspecto en cuanto al hecho modificador o extintivo que se pueda presentar e incida en el derecho sustancial, en el caso del arbitramento la oportunidad para manifestarlo será hasta antes de entrar los árbitros a decidir mediante el Laudo.

b) El salvamento de voto

Jorge Hernan Gil Echeverry en su libro Nuevo Régimen de arbitramento de la Cámara de comercio de Bogotá, señala que en las otras jurisdicciones el salvamento de voto puede proferirse después de la fecha de la sentencia, mientras que en el arbitramento el salvamento de voto deberá ser simultáneo y presentarse al mismo tiempo, en la misma sesión donde se presenta el laudo.

Lo anterior por dos razones: la primera, porque el laudo deberá ser leído en la audiencia de fallo, y se exige la misma formalidad respecto al salvamento de voto que también forma parte del laudo; la segunda, por cuanto no existe una audiencia posterior para presentar el salvamento de voto. Es más, el tribunal cesa en sus funciones cuando quede ejecutoriado el laudo.

Entonces, al ser la audiencia de fallo única, en ésta deberá presentar para ser leídos, el laudo y el salvamento de voto.

Vale la pena anotar que analizando el Anexo I, podemos observar que realmente el arbitramento es un proceso y como tal se describen unos hechos, se realizan unas pretensiones, se practican unas pruebas, se citan fundamentos legales, alegatos y se examina resolviendo en Derecho con un Laudo. En este caso; entre el consorcio ICA- Termotecnica Vs Empresa de Energía de Bogotá Observamos:

- ◆ Se inicia señalando el acatamiento de las normas que rigen el arbitramento para no dar oportunidad a cuestionar su validez.
- ◆ Se menciona el cumplimiento de la audiencia de conciliación, durante la cual no se llegó al acuerdo, y la cual se llevó a cabo en tres etapas. Nos deja conocer un poco más el manejo del tiempo ya que puede desarrollarse en varias oportunidades. No necesariamente en una sola reunión.
- ◆ El proceso se desarrolló en diecinueve (19) sesiones, en las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio por el Tribunal. Las partes alegaron de conclusión y el Tribunal procede entonces a examinar y decidir las controversias planteadas.
- ◆ Ante las pretensiones iniciales, hay oposición de la contraparte y realiza unas excepciones, luego se practican las pruebas: Documentales, pruebas periciales, testimoniales y de oficio se realizó un peritaje. Se realiza una objeción al peritaje, el cual se decide en el Laudo, desestimando tales objeciones. Luego se entra a examinar los puntos problema entre las partes, pero antes como en el mismo laudo se advierte la primera y quizás

más importante de las actuaciones que cumple un Tribunal de Arbitramento está constituida por aquella que culmina con la providencia mediante la cual el Tribunal, frente a las pretensiones del convocante y a la contestación de la demanda arbitral, califica su propia competencia. La providencia que tal punto define, es proferida por el Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite y ella se notifica a las partes en estrados a efectos de que, si no la encuentran conforme a derecho, hagan valer su garantía de defensa e interpongan contra ella los recursos que la ley les concede. Si las partes, enteradas de la decisión guardan silencio o dejan de interponer oportunamente los recursos que la ley les brinda, la providencia así notificada y no recurrida, cobra ejecutoria, queda en firme y se constituye en piedra sillar de las posteriores actuaciones del Tribunal..

- ◆ Continuando con el proceso, se realizan las pruebas, los alegatos de las partes que reafirman sus pretensiones iniciales y lo referente a la contestación de la demanda por la contraparte y se entra a decidir por el tribunal.
- ◆ Para tener en cuenta respecto a la decisión en el Laudo en el contrato estatal anexado, se señala el término de treinta días contados a partir de la comunicación del laudo para el cumplimiento de la decisión, conforme lo dispone el artículo 176 del código Contencioso Administrativo, igualmente para los efectos del inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, se comunica por la Secretaría al señor Procurador General de la Nación, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del laudo, y las costas las asumen cada una de las partes respectivamente.

9.1 LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Conforme con lo previsto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 129 de la Ley 446 así;

"De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria conforme con las reglas generales".

Así, el artículo 115 del CPC por disposición de la ley ordena:

"Si la copia pedida es de una sentencia o de otra providencia ejecutoriada que ponga fin al proceso, apruebe liquidación de costas, fije honorarios o imponga condenas, se ordenará de oficio agregar las piezas que acrediten su cumplimiento, si lo hubiere.

Solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo; el secretario hará constar en ella y en el expediente que se trata de dicha copia. Si la providencia contiene condena a favor de diversas personas, a cada una se le entregará su respectiva copia".

De igual forma, la ejecución de laudos en materia de contratos estatales, también corresponde a la jurisdicción ordinaria, así lo señala El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Auto de 13 de noviembre de 2003. Expediente 23.757. Consejero Ponente. Dr. Ricardo Hoyos Duque. En este auto se citan el artículo 40 del decreto ley 2279 de 1.989 modificado por el artículo 129 de la ley 144 de 1.998 y el artículo 75 de la ley 80 de 1.993, Refiriéndose a estas dos normas como especiales donde la primera regula lo relativo a la ejecución de los laudos arbitrales y la segunda lo referente a la ejecución de obligaciones derivadas del contrato estatal.

Entonces, es el artículo 40 del Decreto Ley 2279 de 1.989 el que regula el trámite y los efectos del recurso de anulación de laudos arbitrales, y el que dispone que es la justicia ordinaria la competente para la ejecución de laudos. Y a esta norma remite el artículo 70 de la ley 80 de 1.993 cuando dice que ***"la designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia"***.

El artículo 168 del Decreto 1818 de 1.998, dispone que finalizado el proceso, el presidente del tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos; entregará a los arbitros y al secretario la segunda mitad de sus honorarios, cubrirá los gastos pendientes, y previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

Los arbitros y el secretario no tendrán derecho a la segunda mitad de sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido el laudo (artículo 44 del Decreto 2279 de 1989).

9.2 ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

El laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de oficio o a petición de parte, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia de fallo. Así lo dispone el artículo 160 del decreto 1818 de 1.998:

“El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 36 del Decreto 2279 de 1989)”.¹³⁰

9.2.1 Aclaración del laudo Arbitral

La aclaración la efectuará el tribunal mediante laudo complementario, el cual también deberá ser suscrito por todos los árbitros y el secretario. La aclaración es procedente, siempre que en la parte resolutoria del laudo aparezcan los conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda; igualmente, que aparezcan en la parte motiva del laudo, pero tengan relación directa con algunas de las partes resolutorias del mismo. (Artículo 309 del Código de procedimiento Civil).

¹³⁰ Decreto 1818 de 1.998. Artículo 160.

La aclaración, según Jorge Hernan Gil, en su libro Nuevo régimen de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá para no convertirse en reforma o adición, la aclaración debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) “Que se trate del laudo.**
- b) Que el motivo de duda sobre el alcance de la frase sea verdadero y no simplemente aparente.**
- c) Que el motivo de duda sea apreciado por el tribunal.**
- d) Que no se trate de aclarar puntos meramente académicos o especulativos.**
- e) Que si la aclaración es solicitada por una de las partes, ésta indique de manera precisa las partes oscuras, ambiguas o dudosas.**
- f) Que con la aclaración no se produzca la modificación, alteración o reforma del laudo.**
- g) Que la aclaración no tenga como fin renovar la controversia sobre la legalidad de las cuestiones resueltas en el laudo”¹³¹**

9.2.2 Corrección del Laudo Arbitral

La corrección se presenta por errores puramente aritméticos, no procede en cualquier tiempo como en la justicia ordinaria sino que es viable únicamente dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo. La corrección se hará mediante laudo complementario que deberá suscribir el tribunal en pleno (artículo 310 del CPC).

Por supuesto, por errores aritméticos, no se puede tratar asuntos de fondo.

9.2.3 Complementación del laudo Arbitral

Esta se efectuará mediante laudo complementario suscrito en la misma forma que el laudo principal (artículo 311 del CPC). Y procederá cuando se haya omitido resolver sobre alguna pretensión o excepción de fondo, formulada oportunamente

¹³¹ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Libro, NUEVO RÉGIMEN DE ARBITRAMENTO, Jorge Hernan Gil , año 2002.

por las partes u otra declaración que debe efectuarse oficiosamente, como lo referente a la protocolización.

9.2.4 Oportunidad procesal de la Aclaración, corrección o complementación

El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 contempla una causal de anulación que se basa en que el laudo no se haya proferido dentro de los seis meses o del tiempo convencional.

Entonces La aclaración, corrección o complementación del laudo es válida siempre que no hayan pasado seis meses de que disponía el tribunal para proferir el laudo o el término convencional consignado en el pacto.

De acuerdo al artículo 167 numeral 3 del Decreto 1818 de 1.998 la formulación del recurso de anulación no impide que el tribunal proceda a la aclaración, corrección y complementación del laudo sea oficiosamente, o a petición de parte, pues el tribunal únicamente cesará en sus funciones cuando quede ejecutoriado el auto que aclara, corrige o complementa el laudo.

A su vez el artículo 309 del CPC, señala que el auto que decide la aclaración, corrección o modificación del laudo no tiene recurso alguno.

Acerca de este tema la Corte Suprema considera:

"Es requisito indispensable de la aclaración que con ella no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia. Por el sendero que traza ese remedio procesal, no es posible despejar las contradicciones que se puedan palpar entre las partes expositiva y resolutive del fallo, si en verdad se entiende la redacción de ésta de modo tal que es advertible su cabal ejecución.

En el anterior orden de ideas, si alguna de las partes juzga que existe desarmonía entre las consideraciones y la resolución propias de la sentencia, no queda otro camino que acudir a los medios de impugnación, ordinarios, extraordinarios, a que haya lugar, pero jamás mediante la aclaración que, de proferir en semejante

hipótesis, implica una modificación sustancial que sobrepasa las facultades del fallador, desde el instante mismo en que la ley le veda posibilidad de cambiar su posición". ¹³²

El Término procesal según el artículo 160 del Decreto 1818 de 1.998 para el arbitramento opera fijando un límite de tiempo, este tiempo lo acuerdan las partes ó en su defecto será de seis meses, término dentro del cual debe proferirse el laudo. Tal periodo no cobija el término que demande la aclaración, corrección, o complementación del laudo, lo cual siempre podrá efectuarse, a condición de que el laudo se haya proferido en término. Es decir, si el laudo se profiere el último día previsto para la duración del proceso, ni las partes pierden el derecho a solicitar la aclaración, corrección o complementación, ni el tribunal pierde la facultad para hacerlo oficiosamente, pese a que la aclaración, corrección o complementación ocurra con posterioridad al vencimiento de dicho término.

De acuerdo con el artículo 43 ordinal tercero del Decreto 2279 el cual dispone que las funciones del tribunal cesarán únicamente con la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente, deja ver que la condición para que proceda la corrección, aclaración o complementación es que exista laudo.

Ahora, cuando el laudo se corrige o aclara vencidos los seis meses ó el tiempo pactado por las partes, no habrá anulación, precisamente porque sí hubo laudo en término y procedió la aclaración. Si no se hubiera producido el laudo en término, no se hubiera podido complementar o aclarar.

Tal como hemos explicado con nuestras propias palabras a que se refiere el término procesal, creemos es claro y valedero que el tiempo de duración del proceso señala el límite dentro del cual debe proferirse el laudo, de no realizarse en tiempo puede ser objeto de anulación y que de cumplirse en su tiempo procede la aclaración, corrección o complementación del laudo como fallo o decisión del

¹³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de junio 12 de 1990.

proceso con que éste se termina o finaliza. Así el tiempo máximo para proferir el laudo es hasta el último día de los seis meses ó del tiempo que se acordó entre las partes, si las partes no colocaran el tiempo, consideramos que los interesados aceptan que los seis meses que dure el proceso es suficiente para tratar sus conflictos.

Entonces proferido el fallo o laudo, la aclaración, corrección y/o complementación deberá realizarse dentro de los 5 días siguientes a la expedición del laudo porque es el mismo árbitro ó arbitros quienes tienen competencia para hacerlo. (art. 160 decreto 1818 de 1.998). Y porque después de la ejecutoria del laudo el tribunal se disuelve, deja de existir por su carácter transitorio.

Conforme lo dispone el artículo 167 del decreto 1818 de 1.998, el tribunal cesará en sus funciones en los siguientes casos:

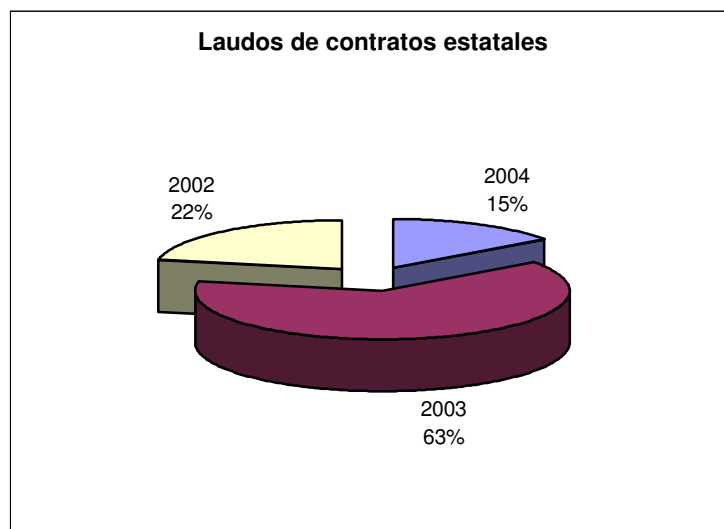
1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en el presente decreto.
2. Por voluntad de las partes.
3. por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente.
4. por la interposición del recurso de anulación.

Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga (artículo 43 del Decreto 2279 de 1989).

Laudos de Contratos Estatales

Datos tomados del CD de Laudos Arbitrales, fuente de información reciente proporcionada por la biblioteca de la cámara de comercio de Bogotá.

Año	Laudos
2004	11
2003	46
2002	16



Observando el CD de Laudos Arbitrales que recoge algunos de los más importantes en los últimos años, decidimos para nuestro análisis tomar esta información como muestra y nos concentramos en aquellos laudos que recaen sobre Contratos Estatales observando lo siguiente:

- 1- Podemos decir que el año 2003 fue de gran movimiento para el arbitramento en Contratos Estatales, las causas son difíciles de sustentar pues pueden obedecer a un incremento de políticas sobre la contratación en dicho periodo, ó porque la economía así lo permitió, en fin, al respecto sólo podemos asegurar que fue un periodo de gran movimiento en el área de la Contratación Estatal.
- 2- En cuanto a los temas sobre los cuales recaen los Laudos podemos decir lo siguiente:
 - Los contratos más frecuentes en su orden son:
Los contratos de Obras Públicas, Concesiones, Consultoría, servicios Públicos.

- A su vez dentro de estos contratos se tocan distintos temas en su orden son:
 - Ecuación económica y financiera del contrato: tal como en el caso del laudo arbitral “CONSORCIO DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A Y TERMOTECNIA COINDUSTRIAL S.A vs EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA” el cual se anexa.
 - Interpretación del contrato
 - Derechos y Deberes del Contratista, Incumplimiento.
 - Anticipos, Pagos y Moras.

10. RECURSOS DEL LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral, puede ser objeto del recurso de anulación ante el tribunal superior del distrito del lugar de funcionamiento del tribunal de arbitramento. A su vez el laudo arbitral y la sentencia del tribunal superior, en su caso, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por los motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento Civil. (Artículo 166 del Decreto 1818 de 1.998.). El artículo 166 del decreto 1818 de 1.998 también dispone que no podrá alegarse indebida representación o falta de notificación por quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación.

El artículo 41 del Decreto 2279 de 1989, nos manifiesta en quien recae la competencia para conocer del recurso de revisión y dispone que contra el laudo arbitral es competente el tribunal superior del distrito judicial del lugar correspondiente a la sede del tribunal de arbitramento; y contra la sentencia del tribunal superior que decide el recurso de anulación, es competente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

10.1 RECURSO DE REVISIÓN

Para contemplar todo lo referente al recurso extraordinario de revisión en el arbitramento, nos remitimos al Código de Procedimiento Civil, artículos 380 a 385, aspectos que tratamos a continuación:

- Causales: ***“art. 380 del CPC. Son causales de revisión:***
- ***Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.***
- ***Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.***

- *Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.*
- *Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.*
- *Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.*
- *Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en el que se dictó la sentencia, aunque lo haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.*
- *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.*
- *Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa Juzgada y fue rechazada.”¹³³*

1. Término para interponer el recurso: El artículo 381 del CPC modificado por el decreto 2.282 de 1.989 art.191 dispone que el recurso podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se invoque alguna de las causales 1,6,8 y 9.

El mismo término opera para las causales 2, 3, 4, y 5 , sólo que si el proceso penal no hubiere terminado se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando ocurra la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva pero tal suspensión no excederá de dos años.

2. Formulación del recurso: El artículo 382 del Código de procedimiento Civil nos dice que el recurso de revisión se presenta como una demanda y que debe contener:

- **“Nombre y domicilio del recurrente**

¹³³ CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 380.

- ***Nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, para que con ellas se siga el procedimiento de revisión.***
- ***La designación del proceso en que se dictó la sentencia, con indicación de su fecha, el día en que quedó ejecutoriada y el despacho judicial en que se halla el expediente.***
- ***La expresión de la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento.***
- ***La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer. A la demanda deberá acompañarse las copias de que trata el artículo 84 del CPC”***¹³⁴.

3. Trámite. El artículo 383 del CPC señala el trámite para la revisión y dispone lo siguiente:

“La corte o tribunal que reciba la demanda si la encuentra conforme con los requisitos de ley para que proceda, señalará la naturaleza y cuantía de la Caución que deberá constituir el recurrente para garantizar los perjuicios que pudiera causar a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, las costas, multas, frutos civiles, y naturales que se esten debiendo.

Aceptada la caución La corte o Tribunal solicitará el expediente, pero si estuviese pendiente la ejecución de la sentencia, aquel sólo se remitirá a costa del recurrente, de copia de lo necesario para su cumplimiento. Con tal fin éste suministrará en el término de diez días contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordene remitir el expediente, lo necesario para que se compulse dicha copia, so pena de que se declare desierto el recurso. Recibido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten; en caso de ser rechazada se impondrá al apoderado del recurrente multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada.

Se declarará inadmisibles la demanda cuando no reúna los requisitos formales exigidos, o cuando no vaya dirigido contra todas las personas que deben intervenir en el recurso, casos en los que se le concederá al interesado un plazo de cinco días para subsanar los defectos advertidos. De no hacerlo en tiempo hábil la demanda será rechazada.

¹³⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 382.

La demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal, verse sobre sentencia no sujeta a división ó no la formule la persona legitimada para hacerlo, bien por haber sido parte en el proceso donde se profirió la sentencia materia de impugnación ó bien por tratarse en el evento de un tercero perjudicado o sus causahabientes.

En ningún caso procederá la reforma de la demanda de revisión.

Admitida la demanda se dará traslado por 5 días a los demandados art. 87 CPC.

La contestación de la demanda deberá contener lo requisitos del artículo 92 del CPC.

No proceden excepciones previas.

Surtido el traslado de la demanda a los demandados se decretarán las pruebas pedidas y se fijará el término de 15 días para practicarlas. Luego de pruebas se darán 5 días a las partes para sus alegatos, vencido este término se proferirá sentencia.¹³⁵

4. Sentencia: El artículo 384 del CPC dispone los resultados o efectos que se encuentran en la sentencia conforme con las causales invocadas así:

- Si se encuentra fundada alguna causal de las que corresponden a :

Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, ó

Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en el que se dictó la sentencia, aunque lo haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente,

Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa Juzgada y fue rechazada

¹³⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL . Artículo 383.

De proceder cualquiera de las anteriores causales invalidará la sentencia revisada y dictará la que en derecho corresponde.

- Si se halla fundada la causal (existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible del recurso) declarará sin valor la sentencia y devolverá el proceso al tribunal o lugar de origen para que la dicte de nuevo .
- Si prospera alguna de las siguientes causales:

Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida, ó

Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en el que se dictó la sentencia, aunque lo haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

Antes de preferirse la sentencia que reemplace a la invalidada, se decretarán las pruebas que dejaron de decretarse o de practicarse por alguno de los motivos señalados en estas causales.

- Si prospera la causal:

Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

Se decretará nuevo dictamen.

En la sentencia que invalide la revisada se resolverá sobre las restituciones, cancelaciones, perjuicios, frutos, mejoras, deterioros, y demás consecuencias de dicha invalidación. Si no existe prueba en concreto para tal fin se dicta de oficio las pruebas necesarias conforme al art. 307 del CPC.

Si se encuentra infundado el recurso se condena en costas y perjuicios al recurrente haciendo efectiva la caución. La liquidación de perjuicios se hará mediante incidente. Art. 135 y ss. Del Código de procedimiento civil.

5. Medidas cautelares : El artículo 385 de CPC, dispone que ***“podrán decretarse como medidas cautelares el registro de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en los casos autorizados en el proceso ordinario, si en la demanda se solicitan.”***¹³⁶

10.2 RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Teniendo en cuenta que el recurso de anulación es una herramienta que nos sirve para actuar y expresar los desacuerdos ocasionados por el fallo ó laudo arbitral, la ley nos otorga esta oportunidad y derecho de controvertir como lo señala El Consejo de Estado en el artículo 36 numeral 5° de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en los artículos 92 y siguientes de la Ley 23 de 1991 y 72 de la Ley 80 de 1993, en donde se manifiesta que el consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación propuesto contra el laudo proferido.

De acuerdo con el decreto 1818 de 1.998 art. 161 y 162, El recurso de anulación se surtirá ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente (artículo 37 del Decreto 2279 de 1989). Y en forma exclusiva le compete al Consejo de Estado en única instancia, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión (artículo 36 - inciso 5- de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo).

La competencia del Consejo de Estado fue regulada en el nuevo CCA, antes correspondía al Tribunal Superior del distrito judicial, según las reglas del CPC.

¹³⁶ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL . Artículo 385.

También se eliminó expresamente el recurso de revisión contra la sentencia de anulación proferida por el Consejo de Estado, pues si bien la Corte Suprema de Justicia es superior jerárquico de los tribunales superiores, no lo es del Consejo de Estado.

La competencia exclusiva del Consejo de Estado, ha permitido enriquecer abundantemente la jurisprudencia al respecto, y puede decirse que con sus sustentaciones ha desarrollado una Jurisprudencia muy sólida y acorde con este recurso extraordinario.

10.2.1 Formulación del recurso

Respecto al recurso de anulación, el artículo 72 de la Ley 80 dispone que el escrito deberá presentarse ante el tribunal arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El trámite será el determinado en la Ley Arbitral General o Decreto 1818 de 1998.

El artículo 70 de la Ley 80, otorga autorización a los arbitros para ampliar por sí mismos el término de duración del proceso.

10.2.2 Tramitación del recurso de Anulación

El decreto 1818 de 1.998 Art. 164 dispone que el auto por medio del cual el tribunal superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato.

Señala que los traslados se surtirán en la Secretaria y que de no sustentarse el recurso, el tribunal lo declarará desierto (artículo 128 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989).

En el mismo Decreto 1818 de 1.998 el Artículo 165 dispone que vencido el término de los traslados, el secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte sentencia, la cual deberá proferirse en el término de tres (3)

meses. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles. Y La inobservancia o el vencimiento de los términos para ingresar el expediente en el despacho o para proferir sentencia constituirá falta disciplinaria.

El recurso de anulación se resuelve de una manera breve y sumaria.

Se aplica los artículos 39 y 40 del Decreto 2279, modificados por el artículo 129 de la Ley 446, lo cual quiere significar que el Consejo de Estado también deberá proferir sentencia dentro de los 3 meses siguientes al vencimiento del traslado para sustentar e impugnar el recurso. Lo anterior es corroborado en el artículo 36 de la Ley 446, que dispone que el recurso se resolverá "***dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia***".

La Ley 80 regula que el trámite y efectos del recurso se regirán por las disposiciones vigentes sobre la materia» (artículo 72, inciso final).

Reiteramos que ningún tribunal de arbitramento conoce procesos contenciosos administrativos, estos estan reservados por ley a la jurisdicción contenciosa. Los tribunales de arbitramento conocen de procesos arbitrales (no contenciosos administrativos) en los cuales el Estado puede ser parte, que es totalmente diferente.

En la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sentencia 1 de agosto de 2002 caso de recurso de anulación interpuesto por la empresa Electrificadora del Atlántico S.A. ESP, en liquidación, contra el laudo arbitral del 21 de diciembre de 2000, proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre aquella y la sociedad Termorrio S.A. ESP con ocasión del contrato de suministro de energía eléctrica AL-019 de 1997 celebrado entre dichas empresas; respecto al recurso de anulación la corporación señala:

"Ya la Sala ha precisado en múltiples oportunidades que las causales de anulación del laudo arbitral que verse sobre controversias de contratos estatales son las contempladas taxativamente en la Ley 80 de 1993" ¹³⁷

Entonces la Ley 80 de 1.993 frente al recurso de anulación contra el Laudo Arbitral en su artículo 72 señala lo siguiente:

"Contra el Laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el tribunal de arbitramento dentro de los 5 días siguientes a la notificación del Laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. ¹³⁸

10.2.3 Rechazo del recurso de Anulación del laudo Arbitral

El Decreto 1818 de 1.998 artículo 164 dispone que el tribunal superior ó en su caso el Consejo de Estado rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.

10.2.4 La Intervención del agente del Ministerio Público en el recurso de anulación.

Las facultades y funciones del agente del Ministerio Público son también limitadas, frente al recurso de anulación.

No es admisible, que el Ministerio Público, sin haber sido constituido parte en la controversia arbitral, y sin haber incoado la anulación, formule planteamientos

¹³⁷ JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 1 de agosto de 2002.

¹³⁸ LEY 80 DE 1.993. Artículo 72.

nuevos y distintos a aquellos que el verdadero y único impugnante ha presentado en la sustentación del recurso. Así mismo el opositor no puede formular consideraciones ajenas a los argumentos presentados por el recurrente. La actuación del Ministerio Público está limitada por los cargos que el recurrente hubiere formulado y por lo tanto no puede invocar causales de anulación diferentes de aquellos a los que el recurrente trata en su impugnación.

10.2.5 Causales de Anulación del Laudo Arbitral

De acuerdo con el decreto 1818 de 1.998 art. las Causales de anulación del laudo son las siguientes:

Primera Causal: La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, el Juez administrativo, en su ejercicio funcional e independientemente de la naturaleza del proceso en que actúe, tiene el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que encuentre de un contrato, siempre y cuando se cumplan dos específicas exigencias: a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia esta que ha sido objeto de tratamiento y aplicación en reiteradas ocasiones por parte de esta corporación.

En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no sólo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato, aun en el trámite

del recurso de anulación de laudos arbitrales, como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar y decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en aplicación de lo reglado en el numeral 10, literal e del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el ejercicio de esa potestad oficiosa del juez, está condicionada por el término de caducidad allí señalado para reclamar o excepcionar la nulidad absoluta de los contratos estatales.

Según esa norma, si el tiempo de vigencia del contrato fuere de dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin exceder, en ningún caso, de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento, término éste que, en el presente caso, no ha precluido, en razón de que el plazo de ejecución del contrato fue pactado en más de veinte (20) años y, por lo tanto, el término de caducidad es de cinco (5) años, actualmente vigente.

Ahora bien, en materia de contratos estatales, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no está legalmente prevista como causal o motivo de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan solo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo; pero ese hecho, en modo alguno impide o elimina la facultad que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente las nulidades absolutas del contrato que encuentre acreditadas en el proceso.

Al respecto, El Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente 12.387, se dijo:

"Tal circunstancia, a juicio de la Sala, impedirá a las partes su invocación con miras a obtener la anulación del laudo, pero no es obstáculo para que el Juez administrativo declare oficiosamente la nulidad absoluta del pacto arbitral, si

encuentra cumplidas las condiciones legales; en efecto, la eliminación de la causal, en vez de restringir esta facultad oficiosa del juez administrativo, la refuerza)¹³⁹

Cuando el recurso de anulación no prospere se declarará infundado el recurso, El Consejo de Estado, así lo expresa al citar la norma que contiene tal disposición:

“El artículo 129 de la Ley 446 de 1998, por ser esta disposición de carácter especial sobre la materia y, por lo tanto, de aplicación preferente respecto de la genérica contenida en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En ese sentido, entonces, según la primera de tales normas: "Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente".¹⁴⁰

Segunda Causal: No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

Tercera causal: Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y en el tiempo debidos.

Cuarta causal: Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

Quinta causal: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

¹³⁹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

¹⁴⁰. Sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002.

Sexta causal: Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

Séptima causal: Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los arbitros o haberse concedido más de lo pedido: En la Nulidad del laudo por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los arbitros, para estudiar la situación, se debe precisar cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los arbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral.

Según el Consejo de Estado en Sentencia de febrero de 2000, los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos excluidos del pacto arbitral, sí lo expresa:

“Los arbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.”¹⁴¹

¹⁴¹ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. febrero 23 de 2000.

Un ejemplo de Nulidad del laudo por haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los arbitros, lo encontramos en jurisprudencia del Consejo de Estado en donde se pronuncia así:

“En efecto siendo claro que el asunto referido al incumplimiento del contrato por el consorcio contratista no era materia de la que pudiera ocuparse válidamente el tribunal de arbitramento, ha de concluirse entonces, que el laudo recurrido recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los arbitros al estar fundado en una interpretación indebida de la cláusula compromisoria al asignársele allí un contenido y alcance distintos de la real voluntad de las partes, al tiempo que, de hecho, sustrajo los efectos del acto administrativo de declaración de incumplimiento del contratista expedido por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra Limitada, conduce necesariamente a la prosperidad del segundo de los cargos de anulación formulados por la recurrente”¹⁴²

Octava causal: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

Mencionadas las causales de anulación del laudo, siendo claras y taxativas, podemos decir que invocando cualquiera de ellas se puede interponer el recurso de Anulación del Laudo arbitral.

De acuerdo con el Decreto 1818 de 1.998, Cuando prospere cualquiera de las causales de anulación 1, 2,5, 6 y 7 de las enumeradas anteriormente, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará.

Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2,5,6 ó 7 los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

¹⁴² JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. febrero 23 de 2000.

10.2.6 Alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales frente al pronunciamiento del tribunal.

En consideración a la naturaleza y al alcance del recurso de anulación El Consejo de Estado precisó:

“el ejercicio de la facultad oficiosa en concreto tiene una limitante en cuanto que sólo comprende el juzgamiento del pacto arbitral sin posibilidad de que el juez del recurso pueda hacerla extensiva al examen del contrato involucrado en el respectivo proceso.

Tratándose del trámite del recurso de anulación de un laudo arbitral debe precisarse que la facultad indicada está referida, exclusivamente, a la declaración de la nulidad absoluta de la cláusula arbitral o del compromiso pactados por las partes con el fin de habilitar a los árbitros de manera excepcional y transitoria para administrar justicia. Una conclusión diferente, en el sentido de que dicha facultad estuviera referida a la declaración de nulidad de cualquier otro contrato celebrado entre las partes, implicaría invadir las competencias del respectivo tribunal de arbitramento y desconocer la naturaleza misma del recurso de anulación, cuyo objeto es la corrección de errores in procedendo, y no in judicando, lo que se deduce claramente del contenido mismo de las causales legales. Lo anterior encuentra fundamento en el hecho de que el pacto arbitral, bien sea que haya sido acordado en el propio contrato fuente de las controversias objeto de litigio, es decir, mediante cláusula compromisoria, o en un contrato posterior a la celebración de aquél y una vez surgidas las controversias contractuales entre las partes, o sea, a través de compromiso, es un negocio jurídico de naturaleza contractual; lo primero, porque consiste en una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, y lo segundo, por cuanto se trata de un acuerdo de voluntades de dos o más agentes encaminados a crear obligaciones, cuyo contenido y finalidad es declinar por las partes el sometimiento a la jurisdicción ordinaria o especial preestablecida en el ordenamiento jurídico, en orden a deferir la solución de una parte o la totalidad de sus conflictos, actuales o futuros, derivados de una relación contractual, a la decisión de un tercero (tribunal de

arbitramento), siempre y cuando dichos litigios versen sobre asuntos jurídicamente transigibles.”¹⁴³

Para un enfoque preciso, el alcance hace referencia a los efectos o consecuencias que se presentan al interponer el recurso de anulación de un laudo arbitral, teniendo en cuenta que estamos hablando de una forma de controvertir el fallo arbitral. El Consejo de Estado se refiere a este tema así:

“Como bien se sabe, desde el punto de vista sustancial, el proceso arbitral es de única instancia, por cuanto el laudo que pone fin al proceso no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario distinto al de anulación que consagran, por vía general, los artículos 37 y 38 del Decreto 2279 de 1989, y tratándose de contratos estatales, sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilados en los artículos 161,163 y 230 del Decreto 1818 de 1998.

De tal manera que, ante el eventual desacierto o equivocación de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, ya por interpretación errónea, o por indebida aplicación, o por falta o indebida valoración probatoria, el ordenamiento jurídico no prevé ningún otro mecanismo de defensa judicial de esa naturaleza; acaso y por esa misma circunstancia, dado que los laudos arbitrales comportan la naturaleza de decisiones judiciales, podría ser procedente la acción de tutela, bajo el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 86 constitucional y el Decreto-Ley 2591 de 1991, y la interpretación que de esa normatividad ha hecho la jurisprudencia constitucional, en especial, que se trate de una vía de hecho que viole o amenace un derecho constitucional fundamental, como lo ha puesto de presente la Sala en oportunidades anteriores.

En otros términos, salvo la posibilidad de procedencia de la acción de tutela, frente a los errores in judicando en que puedan incurrir los árbitros, no existe posibilidad de revisión del fondo o mérito del asunto sometido a decisión de aquéllos, por

¹⁴³ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera.Sentencia 1 agosto 2002.

cuanto el recurso de anulación está dirigido a atacar los denominados errores in procedendo de la actuación del tribunal arbitral. De manera que el recurso de anulación de laudos arbitrales, tanto el que se surte en la jurisdicción ordinaria, como el de competencia de esta jurisdicción especializada, no constituye ni desata el trámite de una segunda instancia toda vez que las causales que legalmente sirven de fundamento para su interposición versan sobre hechos relativos a defectos o irregularidades en la tramitación del proceso, con la sola excepción de la causal del numeral 1° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que, en principio, tiene por contenido vicios o defectos del pacto arbitral mismo, pero que, como se ha precisado, afecta de modo directo y necesario un aspecto vital de orden procesal, como lo es la competencia del juez arbitral, aspecto este sobre el cual la doctrina expresa lo siguiente:

*"Todas las causales del recurso de anulación están estructuradas bajo el supuesto de fallos cometidos en la tramitación del proceso o errores procedimentales. Incluso la causal primera que trata sobre la nulidad absoluta del pacto arbitral, la cual, en principio, se determina con base en normas sustantivas contractuales, es un asunto que de manera directa e inmediata califica y determina la competencia misma del tribunal, lo que debió resolverse en lo posible, en la primera audiencia de trámite. Siendo pues la competencia un asunto de estirpe procesal, bien puede afirmarse que esta causal primera tiene también sustento en fallas "in procedendo"."*¹⁴⁴

10.2.7 Diferencias del Recurso de Anulación con otros recursos.

Ahora bien, en cuanto al alcance del recurso, su fisonomía y diferencia con otros medios de impugnación de las decisiones judiciales, en forma reiterada la jurisprudencia de la corporación ha sostenido:

"Dicho de otro modo, el juez del recurso de anulación no es el superior jerárquico del tribunal de arbitramento que profirió el laudo y por regla general no puede revisar el fondo del litigio, tal como lo ha sostenido la Sala en varias de sus providencias. Adicionalmente también ha reiterado que el recurso de anulación de

¹⁴⁴ JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. sección tercera. Sentencia 1 agosto 2002

un laudo ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y no por errores in judicando, lo cual significa, en principio, que no puede impugnarse el laudo en sus aspectos de mérito o de fondo. Lo anterior porque el recurso de anulación procede contra laudos arbitrales ejecutoriados, lo cual implica una excepción legal al principio de la intangibilidad de la decisión cobijada con la fuerza de cosa juzgada. Para precisar este aspecto e insistir en la diferencia que existe entre lo que es materia de impugnación por la vía del recurso de apelación y lo que es por la vía del recurso de anulación, único recurso posible para revisar el laudo arbitral (con la salvedad hecha del recurso extraordinario de revisión), tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del Juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.

Y por error in Judicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir "en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo", cuya consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia.

Esta diferencia resulta importante por la trascendencia que la Sala le ha dado al límite de sus funciones frente a la revisión jurisdiccional del laudo arbitral, en virtud del cual los agravios que haya podido causar al recurrente la decisión de los árbitros, escapen al examen del juez si no encuadran estrictamente en alguna de las causales que el legislador ha estructurado para hacer viable su impugnación.

Estas mismas consideraciones son válidas para el estudio del recurso de anulación contra los laudos arbitrales que dirimen conflictos relacionados con los contratos estatales, cuya competencia está adscrita privativamente al Consejo de Estado órgano superior de la Justicia contencioso administrativa y con base en las normas especiales que regulan la materia, concretamente la Ley 80 de 1993, cuyas

previsiones fueron recogidas en los artículos 226 y siguientes del Decreto 1818 de 1998.

Lo anterior, por supuesto, no obsta para que el juez del recurso pueda y deba hacer uso de la facultad oficiosa que el ordenamiento jurídico le otorga para declarar la nulidad absoluta que por objeto o causa ilícita afecte el contrato contentivo del pacto arbitral, bien sea que se trate de cláusula compromisoria o de compromiso.

En efecto tratándose de contratos sometidos al régimen del derecho privado el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, establece que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato sin perjuicio de que pueda ser alegada por todo el que tenga interés en ello, lo mismo que por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispone que la nulidad absoluta del contrato puede ser solicitada por cualquiera de las partes, por el Ministerio Público y aun por un tercero que acredite un interés directo y que igualmente puede ser declarada de oficio por el juez administrativo, siempre que esté plenamente demostrada en el proceso, bajo el presupuesto adicional de que en el respectivo proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia ésta que, se reitera, puede ser ejercida en cualquier tipo del proceso e instancia, trámite o recurso.”¹⁴⁵

En conclusión el recurso de anulación procede contra errores in procedendo y no in judicando, es decir que los asuntos de fondo que contenga el recurso no pueden estar sujetos a ningún comentario ó cambio ya que el laudo ha sido ejecutoriado. La diferencia que se presenta con el recurso de apelación mencionado en la jurisprudencia anterior, es que este toca estos aspectos sustanciales y el fallo puede variar notablemente.

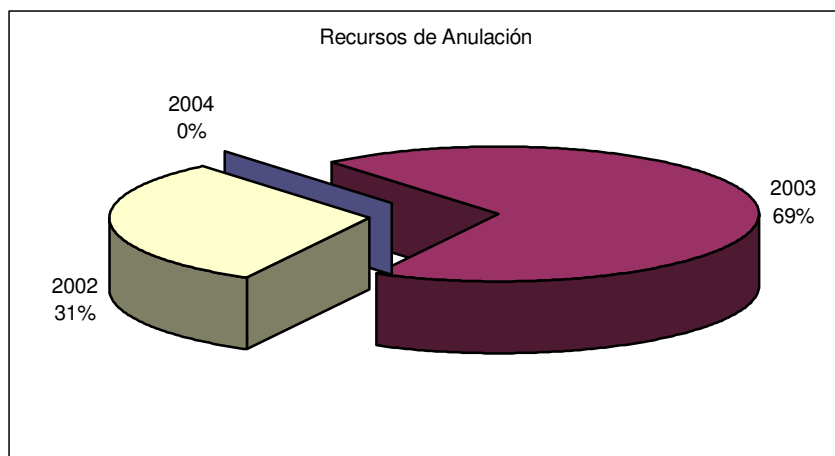
¹⁴⁵ JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 1 de agosto de 2002.

Recursos de Anulación en los años 2002, 2003, 2004.

Los datos los tomamos del sistema del Consejo de Estado. Sección Tercera.
Agradeciendo a Maria Isabel Feullet su colaboración.

Año	Laudos
2004	11
2003	46
2002	16

Año	Recursos de Anulación
2004	0
2003	31
2002	14



De acuerdo a los datos anteriores, podemos observar lo siguiente:

- 1- La cantidad de recursos de Anulación que se presenta en el año 2003 es considerable si la comparamos con los otros años 2002, 2004.
- 2- Comparando los recursos de Anulación con la cantidad de laudos arbitrales, es alta la impugnación, sin embargo en el 2004 no se presento ningún recurso de Anulación.

Para ilustrar lo referente al Laudo Arbitral, consideramos conveniente resumir lo que sucedió en el arbitramento del **CONSORCIO DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. Y TERMOTECNIA COINDUSTRIAL S. A. VS EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ**. En este Laudo podemos observar lo siguiente:

El tribunal arbitral en este Laudo, hace una síntesis de todo el proceso, tal como ocurre en la sentencia. Hemos querido traer el caso de consorcio de ingenieros civiles Asociados y Termotecnia vs Empres de Energía de Bogotá, con el fin de tener una visión completa y práctica, del proceso arbitral en los contratos administrativos mediante el sumario que se presenta en el laudo. La Cámara de Comercio de Bogotá, nos ha facilitado esta completa información sólo porque nuestros fines son educativos, no comerciales respetando el Derecho de Autor que exista sobre este Laudo. Además es necesario advertir que el enfoque que damos citando este documento es respecto al proceso arbitral en sí, no cambiamos, ni nos referimos a las normas citadas en dicha época, laudo de 1.994, cuyas normas y conceptos han evolucionado y por supuesto algunos han sido reevaluados.

Teniendo en cuenta lo anterior resumimos los hechos, el problema y decisión a los cuales se refiere el Laudo y luego se puede consultar el Laudo completo como anexo.

El Laudo arbitral, Consorcio de Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotecnia Coindustrial S. A. vs Empresa de Energía de Bogotá, trata básicamente lo siguiente:

El consorcio de Ingeniros Civiles Asociados y Termotecnia Coindustrial S.A. Realizó varios contratos para el desarrollo de una Obra pública con La empresa de Energía de Bogotá. Siendo los primeros los contratistas y la empresa de Energía la parte contratante, previo acuerdo entre dichas partes se incluyó en los contratos la cláusula arbitral, la cual permite acceder a una solución de conflictos alterna, en

este caso el arbitramento. Dicha cláusula señala el lugar, árbitros y normas por las cuales se rige este proceso alterno, entre los aspectos que se tienen en cuenta para redactar la cláusula, adquieren gran importancia los asuntos que a futuro pueden debatirse en caso de presentarse diferencias, y que en este caso se mencionan así:

“sin perjuicio de la declaratoria administrativa de caducidad del contrato a la cual tiene derecho la empresa de energía de Bogotá, las diferencias que se presenten durante la ejecución de la obra objeto del contrato y hasta cumplirse el periodo de responsabilidad establecido, sobre materias distintas a la caducidad ya mencionada y a la interpretación, modificación y terminación unilateral en las cuales las partes no se pongan de acuerdo, se someterán a un tribunal de arbitramento”.

La cláusula contiene además como asunto importante que el tribunal no podrá pronunciarse sobre la terminación anticipada del contrato, ni decretarla de oficio. Esto aparece en todos los contratos realizados entre las partes.

Al presentarse las diferencias, el consorcio demanda a la empresa de Energía de Bogotá por el incumplimiento grave y reiterado de no pagar oportunamente las cuentas de obras, como el anticipo previsto para financiar la preparación e inicio de trabajos. Y como segunda pretensión el perjuicio causado que le debe ser reparado al consorcio en su integridad. Estas pretensiones las presenta en sumas exactas con la mora pertinente, pidiendo se traigan a valor presente, actualizándose hasta que efectivamente se reciba la suma de dinero pedida.

Por su parte la empresa de Energía de Bogotá se opone a las pretensiones y propone las excepciones de mérito como son: el Pago de la obligación, Inexistencia del incumplimiento grave y reiterado, inexistencia de mora, imposibilidad obligatoria, entre otras..

El consorcio al reclamar el resarcimiento de los mayores costos, invoca como fundamento jurídico el Hecho del príncipe a fin de que se imponga a la Empresa de Energía de Bogotá el resarcimiento de los mayores costos en que aquel incurrió por la conducta de la oficina de cambios del Banco de la República. Esto

porque originalmente entre los contratantes se proyectó una negociación de inversión del anticipo mediante el Banco de la República, la cual estudió y aceptó la empresa de Energía de Bogotá. La Empresa de Energía realizó en su momento la petición correspondiente ante el Banco de la República, pero éste respondió negativamente a tal petición fundamentándose en una resolución de la Junta Monetaria en la cual el mecanismo pedido no aplicaba a la situación de los contratantes. Más aún cuando La empresa de Energía actuó oportunamente para que el Banco reconsiderara su respuesta, la negativa se mantuvo.

Sin embargo la empresa de Energía propuso entonces como alternativa ante el Banco de la República se le otorgue una autorización para adquirir una maquinaria que se encontraba en el Guavio. El Banco de La República no pudo acceder a esta nueva petición debido a disposiciones vigentes que sobre la materia lo impedían, siendo una respuesta negativa por segunda vez.

Como consecuencia y por insinuación del mismo Banco de la República se recurrió a la importación de maquinaria mediante contrato de arrendamiento financiero en el exterior.

Entonces para el consorcio, el arrendamiento al no estar previsto desde un principio en la negociación, es motivo de la petición de resarcimiento de los mayores costos.

El tribunal de arbitramento en su argumentación, cita una providencia del Consejo de Estado refiriéndose a la teoría del Hecho del Príncipe en la cual señala:

“Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al estado como sería entre otros el conocido doctrinariamente como el Hecho del príncipe y determinante del álea administrativa. Hecho siempre de carácter general, que puede emanar de la misma autoridad ó de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no de la teoría indicada”.

“La medida Estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de celebración del mismo, de tal manera que si la afecta o quebranta en forma anormal ó extraordinaria, en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su aplicación”¹⁴⁶

El tribunal tomando en cuenta el contenido de esta providencia del Consejo de Estado, como otras teorías doctrinarias respecto al Hecho del príncipe ó de álea administrativa, considera que la teoría del hecho del príncipe, se configura cuando el contrato administrativo resulta alterado ó vulnerado por una resolución ó disposición emitida por la autoridad pública contratante, donde la perturbación será imputable al Estado. Pero en este caso entre el consorcio y la Empresa de Energía, el contrato se ve alterado por un ente jurídico distinto al que celebró el contrato (Banco de la República) y en tal caso cuando el contrato resulta afectado por un hecho ajeno ó extraño a la voluntad estatal que lo celebró, se trata del álea Económica, y por lo tanto la teoría de la imprevisión será la que rige el acto que vulnera el contrato.

Sin embargo, aclara el tribunal que la negativa del banco de la República no puede catalogarse como imprevisible, ya que el contratista conocía que debía someterse a las disposiciones vigentes en materia de utilización de recursos provenientes del exterior, entre las que están las del banco de la República, y que la Empresa de Energía no actuó negligentemente en este caso.

Procede el tribunal de arbitramento con base en la practica de pruebas, entre las que están varios documentos y un dictamen pericial a manifestar sus consideraciones, resolviendo en primer lugar las excepciones de mérito existentes, respecto de las cuales afirma lo siguiente:

¹⁴⁶ Sentencia de 27 de marzo de 1.992. Ponente Doctor Carlos Betancur Jaramillo

EXCEPCIONES DE MERITO

1. Excepción en cuanto al "pago de la obligación" e "inexistencia de la mora".

El Tribunal entiende que estos hechos extintivos alegados, se refieren a las obligaciones a cargo de la entidad contratante que son materia de controversia, es decir, al cumplimiento oportuno en el pago de los anticipos y en el pago de las actas de obra ejecutadas según los plazos y cantidades acordados en cada contrato. El tribunal al analizar las pruebas sobre estos aspectos concluye que no todas las obligaciones de pago a cargo de la Empresa fueron cumplidas en el tiempo acordado y que al estudiar las tres condiciones de la mora (retardo, culpabilidad y reconvención) el Tribunal adquirió la certeza de que gran parte de los pagos de las cantidades debidas, por razón de anticipos y de actas de obra, tanto en pesos como en dólares, fueron canceladas con mora. Por lo tanto no prosperaron estas excepciones propuestas por la entidad contratante.

2. Excepción en cuanto a la inexistencia del incumplimiento "grave" y "reiterado"

Como consecuencia de lo expuesto se concluyó que si existió incumplimiento de la Empresa. Los calificativos de "grave" y "reiterado" que los señores apoderados de las partes solicitaban que declarara el Tribunal de arbitramento, no incidieron en la indemnización de perjuicios, que a cargo de la Empresa y a favor del consorcio impuso el fallo. Al analizar el incumplimiento por mora el Tribunal no dio relevancia a tales calificativos. Por tanto, no prosperará esta excepción.

3. Excepción en cuanto a la "imposibilidad obligatoria" "fuerza mayor o caso fortuito"

Estas tres circunstancias que impiden el cumplimiento de las obligaciones, o justifican su incumplimiento, fueron estudiadas por el Tribunal, lo mismo que la

imprevisibilidad e irresistibilidad que se requieren para configurar los elementos eximentes de responsabilidad, exigidos por el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890.

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.etc.”¹⁴⁷

En tanto indicó el Tribunal, que no existe hecho alguno probado que conforme, la también llamada por el apoderado de la Empresa, "imposibilidad sobreviniente" y, menos aún, la fuerza mayor o el caso fortuito. Por consiguiente, no prosperarán estas excepciones.

4. Excepción en cuanto a la "intervención exclusiva de un tercero". "sujeción a las reglamentaciones legales y gubernamentales respecto de las operaciones de comercio exterior".

Aunque el excepcionante no señala los hechos en que se fundamentan estos otros eximentes de responsabilidad, ni indica hacia cual de las pretensiones apuntan, es deber del juez, conforme con lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, reconocer en la sentencia las excepciones, al hallar probados los hechos que las constituyan.

Al analizar el Tribunal ***"la incidencia de las actuaciones cumplidas ante la oficina de cambios del Banco de la República"*** por razón de la pretensión relativa a los sobre costos en que incurrió el consorcio, por concepto de los contratos de leasing internacional para la compra de maquinaria, y considerar que tales hechos no se encuadran en la teoría del Hecho del Principe, dedujo el tribunal que la indemnización que solicita el Consorcio por dicho concepto, no puede serle imputada a la Empresa.

¹⁴⁷ **Art.64 C.C ley 95 1890**

Aunque efectivamente aparece demostrada la existencia de tales sobrecostos, ellos se deben a la analizada intervención del Banco de la República, que, como ya se dijo no puede ser materia de este proceso. Con base en estas consideraciones estas excepciones están llamadas a prosperar.

5. Excepción en cuanto a la "sujeción a los términos, condiciones y reglamentaciones de referencia o reenvío al bid respecto de los reembolsos".

El tribunal resaltó el carácter obligatorio que las estipulaciones contractuales tienen para la administración; esto, sin desconocer la supremacía del Estado, pero teniendo siempre presente la ejecución contractual presidida por la buena fe de los contratantes y la absoluta aplicación a los contratos administrativos de los principios consagrados por el Código Civil para el incumplimiento por mora, excepción de contrato no cumplido, etc. Es por este equilibrio contractual, que el hecho alegado por la Empresa, no puede tener cabida para enervar las pretensiones del Consorcio.

6. Excepción en cuanto a "petición indebida. Culpa de la provocante o aceptación por conducta concluyente".

El tribunal no encontró sustento legal o fáctico para estas excepciones. Argumentó que es propio de nuestro ordenamiento jurídico procesal la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos perseguidos (artículo 177 Código de Procedimiento Civil). Por tales razones, no prosperarán estas excepciones.

7. Excepción en cuanto a la "improcedencia de "corrección monetaria" o de "valor presente". "improcedencia de intereses moratorios"

El Tribunal señaló la indudable necesidad del resarcimiento completo por el perjuicio sufrido. Y dijo que así, condenará al pago de las sumas debidas por la Empresa al consorcio por razón de las demoras en los pagos de los anticipos y en las de las actas de obra ejecutada, según las cifras señaladas, actualizadas conforme con los índices del DANE más el 6% del interés legal. No se concede al Consorcio la actualización monetaria en la forma solicitada, ni la aplicación de la tasa de intereses moratorios señalada en la demanda. En consecuencia, prosperan parcialmente las excepciones formuladas.

EN CUANTO A LAS COSTAS

Las pretensiones del consorcio sólo prosperaron parcialmente. Así las cosas, el Tribunal estimó, con fundamento en lo previsto por el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que no había lugar a hacer condena especial en costas a cargo de ninguna de las partes procesales y así lo dispuso en la parte resolutive del laudo, de manera que cada parte asumió los propios gastos y honorarios en que incurrió.

LA DECISIÓN

El tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, dictó laudo que finalizó el proceso arbitral entre las sociedades Ingenieros Civiles asociados S.A y Termotécnica Coindustrial S.A VS Empresa de Energía de Bogotá, en el cual se resolvió:

PRIMERO- Se Declaró parcialmente probadas las excepciones de intervención exclusiva de un tercero con sujeción a las reglamentaciones legales y

gubernamentales respecto de las operaciones de comercio exterior e improcedencia de la acumulación de corrección monetaria e intereses moratorios, propuestas por la Empresa de Energía de Bogotá.

SEGUNDO. Se declaró no probadas las restantes excepciones propuestas por la Empresa de Energía de Bogotá.

TERCERO. No prosperó la objeción por error grave formulada por la Empresa de Energía de Bogotá contra el dictamen de los señores peritos ingenieros Alfonso Dávila Ortiz y Mauricio Ramírez Koppel, Encontrándose que tal error no existió.

CUARTO. Se Declaró que la Empresa de Energía de Bogotá incumplió las obligaciones que contrajo para con el consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. en virtud de los contratos.

QUINTO. Se Declaró que la Empresa de Energía de Bogotá, incumplió las obligaciones que contrajo para con el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A conforme a los contratos realizados y donde se mencionó el pago oportuno al consorcio de los anticipos convenidos.

SEXTO. Como consecuencia del punto CUARTO, Se condenó a la Empresa de Energía de Bogotá a pagar en favor del consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S.A-, y por concepto de indemnización por mora en el pago de las cuentas ya canceladas, en pesos colombianos la suma de trescientos cuarenta y cinco millones ochocientos cincuenta y cuatro mil trescientos veintinueve pesos (\$345.854.329.00) y en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, la suma de ciento cincuenta y tres mil seiscientos un dólares con 63/100 US\$153.601-63) o su equivalente en

moneda legal colombiana, a la tasa de cambio representativa del mercado correspondiente a la fecha en que se falló el laudo.

SÉPTIMO. Como consecuencia del punto QUINTO, Se condenó a la Empresa de Energía de Bogotá a pagar en favor del consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. y por concepto de indemnización por mora en el oportuno desembolso de los anticipos la suma en pesos colombianos de trescientos noventa millones ochocientos trece mil trescientos diez y ocho pesos (\$390.813.318-00).

OCTAVO. Se negaron las pretensiones de “fuerza mayor o caso fortuito “y la de petición indebida, formuladas por el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. contra la Empresa de Energía de Bogotá.

NOVENO. Se negaron las demás pretensiones de la demanda formuladas por el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S, A. y Termotécnica Coindustrial S. A.

DÉCIMO. El tribunal señaló que La Empresa de Energía de Bogotá debía dar cumplimiento al presente laudo dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, de conformidad con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

UNDÉCIMO- Se aclaró que las cantidades líquidas referidas en los ordinales SEXTO y SÉPTIMO del laudo devengarían intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (inciso final artículo 177 del Código Contencioso Administrativo).

DUODÉCIMO. Cumpliendo con los efectos del inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, se comunicó por la Secretaría al señor

Procurador General de la Nación, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del laudo.

DECIMOTERCERO. De igual forma cumpliendo con el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, se comunicó el laudo, por la Secretaría al señor gerente de la Empresa de Energía de Bogotá, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del mismo.

DECIMOCUARTO. Se declaró sin costas a cargo de las partes.

DECIMOQUINTO. Se protocolizó el expediente en una de las notarías del círculo de Santafé de Bogotá.

Los miembros del Arbitramento:

JUAN CARLOS ESQUERRA PORTOCARRERO. Presidente

ALVARO TAFUR GALVIS . Arbitro

ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO. Arbitro

MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS . Secretaria

El laudo quedó notificado a los señores apoderados de las partes en audiencia; la secretaria les entregó copia auténtica del mismo a cada uno.

El Tribunal fijó como el 22 de agosto a las dos y treinta (2:30) de la tarde como fecha para la audiencia en que decidirá sobre las solicitudes de adición, aclaración y corrección por error aritmético, en caso de que se presenten.

De la anterior decisión quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes.

Finalizado lo anterior se levantó la sesión, previa firma del acta por las personas que en ella intervinieron.

JUAN CARLOS ESQUERRA PORTOCARRERO. Presidente

ALVARO TAFUR GALVIS .Arbitro

ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y COMPLEMENTACIÓN.

Se llevó a cabo en la fecha fijada audiencia para la aclaración, corrección y complementación del laudo, debido a la solicitud presentada por la Empresa de Energía de Bogotá para tal fin.

El tribunal mediante Auto reconoce la personería del apoderado y determina el alcance de los mecanismos interpuestos contra el Laudo arbitral de la siguiente manera:

Aclaración del Laudo

En el caso que se anexa se produce respecto a la aclaración del laudo las siguientes observaciones:

“ACLARACIÓN DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es imperativo cuando determina: "La sentencia no es revocable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella".

La norma transcrita contiene un principio general del derecho procesal según el cual las decisiones que asumen el carácter de sentencia, y por consiguiente los laudos arbitrales, son intangibles e invariables por el mismo juzgador que los dicta; lo anterior, para precaver la inseguridad y el caos en las decisiones de tal naturaleza.

Dice la Corte Suprema de Justicia:

"All precisar la doctrina y la jurisprudencia los alcances del remedio de la aclaración de los fallos, ha insistido reiteradamente en que, los conceptos o frases que le abran paso a dicho correctivo no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones

del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción, ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo". (Gaceta Judicial tomo 47)". No ha pretendido el legislador que en pos de aclarar la sentencia encuentre la parte, la vía expedita para replantear el litigio, o en utilizar la aclaración para que se decida sobre la legalidad de lo ya resuelto en fallo, o en procurar que se analice y explique situaciones ya definidas (Sentencia C.S.J. junio 24/92 Sala de Casación Civil,).

Corrección por Error Aritmético del Laudo

Por su parte, el artículo 31º del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juzgador que la dicta." "lo dispuesto en los incisos anteriores es aplicable a los casos de error por omisión o cambio de palabras, por alteración de éstas, siempre que estén contenidas en aparte resolutive o influyan en ellas".

Los apartes transcritos de la mencionada disposición, señalan que tampoco este remedio procesal puede utilizarse para variar el contenido de la sentencia o laudo arbitral; la corrección numérica no puede producir variaciones sustanciales en el fallo proferido; la rectificación por error aritmético y del error por omisión o cambio o alteración de palabras, debe, por tanto, subordinarse a las mismas consideraciones de la providencia que por esta vía va a corregirse; se trata de un remedio procesal, no de un recurso que busca la variación parcial o total del fallo.

La Corte Suprema de Justicia dice:

"El error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la aritmética que se haya practicado sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir que si al alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente, habría error numérico en la suma de 5 formado por los sumandos 3, 3 y 4".¹⁴⁸

¹⁴⁸ *Gaceta Judicial, tomo LXXL, ns 470*

Adición del Laudo

El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, establece;

"Cuando la sentencia omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria.

La citada norma persigue remediar por esta vía la omisión del juzgador al incurrir en "minus petita" o la omisión al no resolver cualquier otro punto que en el fallo debe dedicarse. Para el caso del proceso arbitral, la tacha de testigos, la objeción del dictámen pericial, la liquidación de las costas del proceso, etc, son cuestiones que necesariamente hacen parte del laudo arbitral. En ningún caso la intención del legislador es la de que por esta vía se intente cambiar el contenido de la providencia original; por el contrario, la sentencia complementaria que se dicta para subsanar el defecto de la primera, hace parte integrante de ésta, y participa de su misma naturaleza jurídica.

Por esta razón, sería imposible que por vía de adición el Juzgado cambiara los fundamentos de la sentencia incompleta."

Luego de las aclaraciones el Tribunal examina las razones del apoderado al solicitar la aclaración y la consecuencial corrección y complementación del laudo. La petición pretende aclaración de los términos del pago del anticipo en los contratos. con base en los siguientes puntos: 1. El Tribunal en el laudo no apreció el dictamen de los peritos Luis Carlos Neira y Jorge Torres en relación con las fechas de pago de los anticipos y, 2. La actualización de la condena por concepto de pago de anticipo en dólares, en pesos, y no en dólares, lo que le parece incomprensible, que "Lo razonable y legal será que se haga en dólares.

El tribunal con base en los conceptos acerca del sentido de la aclaración, corrección y adición de las providencias judiciales y examinada la solicitud del apoderado de la Empresa demandada, estimó lo que a continuación resumimos:

1. El solicitante expresó su desacuerdo con la apreciación del Tribunal de las pruebas periciales practicadas, pues argumenta, que ha debido acogerse el

dictamen rendido por los doctores Neira y Torres y no el rendido por los doctores Cavila y Ramírez. Para el Tribunal, esta solicitud no encajó en ninguno de los mecanismos estudiados de aclaración, corrección por error aritmético o adición del laudo arbitral.

Sin embargo, el Tribunal para facilitar la comprensión de su labor de apreciación de las pruebas, señaló que el dictamen rendido por los doctores Dávila y Ramírez tuvo como objeto básico el tema del pago de los anticipos, en tanto que, el rendido por los doctores Neira y Torres se refirió al tema de los pagos de las actas de obra, intereses y actualización monetaria.

El tribunal hace referencia a los puntos que lo llevaron a decidir sobre el dictamen pericial los cuales fueron:

El apoderado de la empresa presentó un cuestionario para los peritos Neira y Torres, dentro de este cuestionario hay unas preguntas que tiene que ver con el anticipo, materia de otro dictamen pericial. Sin embargo los peritos contestan a la pregunta ¿ Cuáles son las exigencias para el programa de inversión del anticipo, informes de inversión, garantías, cuentas de cobro y pago precisando la fecha y forma en que el Consorcio entregó a la Empresa lo relativo a cada uno de estos aspectos y en general todo aquello a que estaba obligado para poder exigirle a ésta el paga? los peritos Neira y Torres dieron a esta pregunta, una respuesta, que no era importante dentro del estudio a ellos propuesto y que sirvió de fundamento al apoderado de la Empresa para solicitar la aclaración del laudo, pues de ella deduce una fechas distintas de las indicadas en el dictamen de los peritos Dávila y Ramírez quienes si se encargaron específicamente de este tipo de estudio y presentaron el resumen de la documentación cruzada entre las partes con ocasión del pago de los anticipos. Esta fue la prueba que llevó certeza al Tribunal sobre la ocurrencia de las demoras por parte de la Empresa para cumplir sus obligaciones con relación a los anticipos, según los contratos; por esto los cálculos realizados por estos peritos fueron los acogidos en el laudo, en estricta

aplicación de los principios de la apreciación de la prueba con base en la sana crítica, teniendo en cuenta su firmeza, precisión y calidad de las fundamentaciones, según lo dispuesto por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

2. La segunda consideración se basó en que el apoderado de la Empresa no tenía claro por qué la actualización del capital debido y de los intereses no se hicieron en dólares ya que los anticipos, la empresa los hizo en dólares.

El tribunal aclara que según las partes, sin controversia alguna al respecto, los anticipos se pagaron en pesos, debido a los conflictos surgidos por la negativa del Banco de la República, tal como se dejó establecido en el laudo. La petición correspondiente a la indemnización al Consorcio por el pago tardío de los anticipos, es la demanda la señalada como la "SEXTA", en la cual se solicita: "...se condene a la Empresa de Energía de Bogotá apagarla suma de un millón doscientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve dólares con 53/100 (US\$31.290.549.53) y ciento sesenta y siete millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos con 68/100 (\$167.495.821.68), o aquella que resulte probada en el proceso. En todo caso le responde el tribunal ***“el valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el Consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto.”***

Para fallar, el Tribunal consideró, con base en los cálculos efectuados por los peritos Dávila y Ramírez, que la condena y su actualización debía hacerse en pesos colombianos, moneda que fue la que recibió el Consorcio, a pesar de haberse pactado su pago parte en dólares y parte en pesos.

El tribunal consideró que aunque la segunda solicitud tampoco encajaba en los remedios procesales denominados aclaración, corrección por error aritmético o adición del laudo arbitral, era importante hacer la correspondiente precisión.

Posteriormente el Tribunal niega la solicitud de aclaración, y la consecuencial de complementación y corrección por error aritmético del laudo arbitral que formuló el señor apoderado de la Empresa.

El fallo se notificó y se firmó el acta por quines intervinieron.

JUAN CARLOS ESQUERRA P. Presidente

ANTONIO DE IRISARRI RESTREPO. Arbitro

CONCLUSIONES

- El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, teniendo como base principal la Constitución, creemos que tiene el ánimo de brindar una alternativa u opción a las partes que realizan un negocio, para que mediante una cláusula o compromiso voluntariamente acudan al tribunal de arbitramento para resolver sus eventuales diferencias. Sin embargo encontramos inconvenientes para que el espíritu constitucional se desarrolle y se cumpla a cabalidad en la práctica como son:
 - 1- La normatividad existente respecto al arbitraje no se encuentra unificada y dificulta el conocimiento de tales reglas y debido proceso (sui géneris), para las partes. Si bien las partes acuden asesorados por un abogado, parte del principio de informalidad debería ser facilidad para conocer sobre dicho proceso.
 - 2- El arbitramento debería cubrir las necesidades de todo aquellos que quieran acudir a esta jurisdicción, sin embargo muchos omiten esta posibilidad por los altos costos que representa, a pesar de que es un proceso ágil, es altísima la cantidad a pagar por las partes con relación a las cuantías de sus asuntos. Podemos decir que sólo acuden a este tipo de proceso, ciertas personas con capacidad económica alta, siendo entonces un acceso de élite, donde las personas de baja capacidad económica que necesitan tratar sus asuntos de manera ágil, se ven limitados al acceso de la jurisdicción arbitral por los altos costos que este proceso representa.
 - 3- Otro inconveniente, es el relacionado con el nombramiento de los árbitros. Se nombran los mismos árbitros, cuando las partes no lo escogen. No hay una rotación del personal inscrito para estos procesos, y no hay una norma que regule este aspecto.

- La figura del Arbitramento no se necesitaría, si se logrará que las otras jurisdicciones actuaran de manera ágil, pues se acude a esta alternativa, no posible económicamente para todos, por el corto tiempo que conlleva solucionar los conflictos. Vemos la necesidad de buscar soluciones para mejorar los procesos en las otras jurisdicciones, porque de ello depende que todas las personas tengamos un acceso a la justicia verdaderamente eficaz.

BIBLIOGRAFIA

LEGIS. Actual, Constitución Política De Colombia.

LEGIS. Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1.984.

LEGIS. Código de Procedimiento Civil.

LEGIS. Jurisprudencia y Doctrina. Desde el año 1994 hasta la fecha.

LEY 80 DE 1.993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

LEY 446 DE 1.998. De descongestión de despachos judiciales.

DECRETO 2279 DE 1.989. Sistema de solución de conflictos entre particulares.

DECRETO 1818 DE 1.998. Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION. Revista De Acuerdo Cámara de Comercio de Bogotá. 2003.

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Libro Blanco. Cámara de Comercio de Bogotá.

GIL ECHEVERRI Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento, Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá. 1.999

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Arbitramento internacional.

PARRA William René. Los Contratos Estatales. William René Parra. Editorial Gustavo Ibañez Bogotá 1.996.

BENETTI SALGAR Julio J. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. 1.996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Arbitramento en Materia de Contratos Estatales. Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrdo Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Competencia de los Tribunales de Arbitramento. Sentencia de 23 de febrero de 2000. Expediente 16.394. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Cláusula Compromisoria. Sentencia de 1 de Agosto de 2002. Radicación 21.041. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Arbitramento. Sentencia C-098 de enero 31 de 2001. Magistrado Ponente. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Arbitramento Institucional. Sentencia 1038 de 28 de noviembre de 2002. Magistrso Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Recurso de Anulación del laudo Arbitral. Sentencia de 4 de Julio de 2002. Expediente 22.012. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ejecución del Laudo Arbitral. Auto de febrero 7 de 2002. Expediente 20.467 Consejero Ponente Dr. Jesús Maria carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Competencia del Tribunal de Arbitramento. Auto 14 de Agosto de 2003. Expediente 24.344 Consejero Ponente. Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Corrección o Adición de Laudos Arbitrales. Consejero Ponente Dr. César Hoyos Salazar. Radicación número 1408. 25 de Abril de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala sexta de revisión. Sentencia. T-192 Marzo 4 de 2004. Tribunales de Arbitramento, Sucompetencia es limitada, temporal y reglada, es decir tiene un debido proceso. Referencia T 830357. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ejecución de Laudos en Materia de Contratos Estatales, Corresponde Jurisdicción Ordinaria. Auto 13 de noviembre de 2003. Expediente. 23.757. Consejero ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Tribunal de Arbitramento, término de duración. Sentencia C- 426 de 1.994. Expediente. D-567 Magistrado Ponente: DR. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Arbitramento. Sentencia C-431 de 1.995. ref. expediente No. D-870. Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Arbitros Particulares en ejercicio de funciones judiciales. Sentencia No.294 de 1.995. Expediente. D-791. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Centros de Arbitramento. Resoluciones 18 de 2003 y 1342 de 2004.

**ANEXO I. LAUDO ARBITRAL, CONSORCIO DE INGENIEROS
CIVILES ASOCIADOS S. A. Y TERMOTECNIA COINDUSTRIAL S.
A. VS EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ**

“LAUDO ARBITRAL ACTA No. 20

I. Antecedentes

II. Presupuestos procesales

III. Pretensiones y excepciones de las partes

IV. Fundamentos en derecho de las pretensiones del Consorcio

V. Pruebas practicadas

VI. Objeción al dictamen pericial rendido por los ingenieros Alfonso Dávila Ortiz y Mauricio Ramírez Koppel, formulada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

VII. Cuestiones sometidas a la decisión del tribunal

VIII. Costas

IX. Parte resolutive ACTA No. 21

*PARTES: CONSORCIO DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A.
TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S. A. vs. EMPRESA DE ENERGIA DE
BOGOTÁ.*

FECHA: 10 de agosto de 1994

*ARBITROS: Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Dr. Alvaro Tafur Galvis Dr.
Antonio José de Irisarrí Restrepo, Dra. Ma. Cristina Morales de Barrios
(Secretaria)*

FALLO: En derecho

NORMAS CITADAS EN EL LAUDO:

Acuerdo 6 de 1985, artículo 195

Decreto 150 de 1976

Decreto 222 de 1983. artículos 86 y 46

Decreto 2651 de 1991, artículos 15, 16 numerales 3 y 17

Ley 95 de 1890, artículo 1

Ley 4 de 1964

Ley 153 de 1887, artículo 38

Ley 23 de 1991, artículos 103 y 113

Ley 80 de 1993, artículo 4 ordinales 3 y 8. artículo 5 numerales 1,3 y 27, artículo 25, numeral 14

Código Contencioso Administrativo, artículo 177

Código Fiscal de Bogotá, artículos 323 y 315.

Código de Procedimiento Civil, artículo 238 numerales 4 y 5; 306,177 y 392 y numerales 5, 309, 310 y 311

Código de Comercio, artículos 884,22, 20, 881,11, 2,4 y 881

Código Civil, artículos 1602,1603,1653,1604.1616,1618,1609,1622.1653, 1654,1655.1649,1617 y 64.

Constitución Nacional, artículo 210.

TEMAS JURÍDICOS TRATADOS EN EL LAUDO

Contratos administrativos, Cláusulas exorbitantes Del anticipo:

— *Función del anticipo*

— *Cumplimiento de obligaciones en relación con el anticipo*

— *Manejo administrativo*

— *Control*

De la interventoría

De la auditoría y revisoría fiscal

Del equilibrio contractual

Del reconocimiento de intereses moratorios a favor del contratista

Derechos y deberes de las entidades estatales

Derechos y deberes del contratista

Equilibrio financiero o ecuación económica

imputación de pagos: concepto

Interés público e interés privado

Vigencia de la Ley 80 de 1993

índices de revisión de precios

CONTRATOS BILATERALES

Autonomía de la voluntad. De la mora. Del incumplimiento. Graduación de culpas.

CONTRATOS EN GENERAL

Reglas de interpretación. Principio de la ley contractual. El Dolo.

EL PAGO

En obligaciones de género.

Requisitos de la imputación de pagos en materia civil.

Requisitos de la imputación de pagos en materia comercial.

INTERESES MORATORIOS

De su reconocimiento en los contratos administrativos.

LA CAUSA

Causa extraña, requisitos: imprevisibilidad, irresistibilidad.

LA MORA

Concepto Elementos constitutivos.

OBLIGACIONES EN DINERO

Corrección monetaria Indexación.

PRUEBA

Peritazgo

Alcance del dictamen pericial

Objeciones por error grave:

— *Concepto*

— *Modificación del cuestionario por los peritos*

— *Omisión de datos importantes que hubieran variado su conclusión*

TEORÍA DEL HECHO DEL PRINCIPE (ADMINISTRATIVA)

Elementos.

PROCESO del Tribunal Arbitral

Adición del fallo

Aclaración, corrección y adición de las providencias judiciales

Corrección por error aritmético en el fallo

Recursos

Auto de aclaración y complementación del laudo

FUENTES FORMALES

Jurisprudencia

Tema: pago

ARBITRAL

Competencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, julio 9 de 1979.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de marzo de 1984.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de abril de 1987.

Tema: anticipo

— *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, consejero ponente Dr. José Alejandro Bonivento,*

Tema; Teoría del Hecho del Príncipe

— *Consejo de Estado, expediente 6353. 27 de marzo de 1992, consejero ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

DOCTRINA

Tema: Teoría del Hecho del Príncipe

— *Tratado del Contrato Administrativo, A. Laubadere, F. Moderna y P. Devolve, L.G. D.J. París 1984. Páginas 522,546.*

— *Tratado de Derecho Administrativo, Miguel Morienhoff, tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, páginas 486 y 487.*

Tema: mora

— *Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Guillermo Ospina Fernández, Editorial Temis 1983, página 568, 31.*

Tema: dolo

— *Derecho Privado, Doménico Barlero, Editorial S.G.A. Buenos Aires 1957, tomo IV página 701.*

Tema: interpretación del pago

De las Obligaciones en General. Alfredo Coiro, Buenos Aires, 1928, página 468.

Enrique Sayagues Lasso, Tratado de Derecho Administrativo, 2a. edición, Martín Bianchi Altuna. Montevideo, 1959, página 570, 571,

Miguel Ángel Bercaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2a. edición. Depalma, Buenos Aires, 1980, página 442.

Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, Tomo IH-A, página 469.

— *Héctor Jorge Escola, Tratado Integral de los Contratos Administrativos. volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1977, páginas 442 y 443.*

— *Fernando Vélez, Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano, 2a. edición, Imprenta París - América, 1926, Tomo VI, páginas 279 y 280.*

— *Guillermo Ospina Fernández, op. cit., página 373.*

— *Alvaro Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, volumen III. parte segunda, 2a. edición, Temis, Bogotá, 1955, páginas 371 y 372.*

— *Fernando Hinestrosa, Conferencias de Obligaciones, edición en microfilm, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, páginas 63*

Tema: intereses moratorios

— *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 4303,13 de mayo de 1988.*

— *Tribunal de Arbitramento, Consorcio Impregilos S.P.A. y Estruco S. A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, septiembre 2 de 1992.*

Tema: equilibrio financiero del contrato

— *Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto II de marzo " 1972.*

— *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia, septiembre 4 de 1986.*

Tema: aclaración de providencias judiciales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 3387, sentencia de junio 24 de 1992.

ACTA 20 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONSORCIO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. Y TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S. A. vs. EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ

AUDIENCIA DE FALLO

En la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994) a las dos y treinta (2:30) de la tarde, se reúnen en la sede del Tribunal los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quien preside, Alvaro Tafur Galvis y Antonio José de Irisarri Restrepo, arbitros y la suscrita secretaria, María Cristina Morales de Barrios, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo convocada mediante providencia de 29 de junio del presente año. Se hacen presentes los apoderados judiciales de las partes doctores Fernando Londoño Hoyos y Saúl Sotomonte.

Abierta la audiencia, el presidente autoriza a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por los arbitros unánimemente.

LAUDO ARBITRAL

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral, seguido de una parte por el consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A., quienes para efectos del presente laudo se denominarán, de una parte, el Consorcio y de la otra Empresa de Energía de Bogotá, quien para los mismos efectos se denominará la Empresa.

I. ANTECEDENTES

1.1 Las cláusulas compromisorias. Los contratos números 5006,5078 y 5091 de junio, 2 y 21 de noviembre, todos de 1989, suscritos por las partes y que originan las controversias que se fallan en este proceso, contiene en su cláusula trigesimaoctava (38ª) el siguiente pacto arbitral.

Cláusula trigesimaoctava. Arbitramento. Sin perjuicio de las facultades consagradas para la Empresa en la cláusula trigésima sobre declaratoria administrativa de caducidad del contrato, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido, sobre materias distintas a las contempladas en la cláusula antes mencionadas y las de interpretación, modificación y terminación unilateral y en las cuales la Empresa y el contratista no se pongan de acuerdo, se someterán a un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres arbitros, nombrados en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil y de común acuerdo por las partes. Si no hubiere acuerdo corresponderá a la Academia Colombiana de Jurisprudencia la designación del arbitro o arbitros que faltaren por cualquier causa. El Tribunal así constituido se someterá en todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. Se conviene señalar la ciudad de Bogotá, Distrito Especial como domicilio para las acciones a que diere lugar esta cláusula. Mientras el Tribunal esté integrado, los plazos contractuales correrán normalmente hasta producirse el fallo. El arbitramento podrá ser solicitado por cualquiera de las partes. El Tribunal no podrá pronunciarse sobre la terminación anticipada del contrato, ni decretarla de oficio.

1.2 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, el consorcio demandante solicitó el 19 de abril de 1993 la convocatoria del Tribunal al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que admitió la demanda presentada, corrió traslado de ella a la Empresa, quien le dio contestación oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y formulando excepciones de mérito.

1.3 En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 16 del Decreto 2651/91, las partes y sus apoderados acudieron a la audiencia de conciliación citada por el Centro de Arbitraje, la cual fracasó por falta de ánimo conciliatorio

sobre las controversias de las partes, quedando agotado el trámite inicial del presente proceso arbitral. El Tribunal de Arbitramento, una vez finalizada la instrucción del proceso citó a las partes a una audiencia de conciliación, la cual se desarrolló en tres sesiones, durante las cuales se discutieron diversas fórmulas, sin lograr acuerdo alguno, razón por la cual el Tribunal decidirá las controversias planteadas mediante el presente laudo arbitral.

1.4 Las partes designaron de común acuerdo como arbitros, a los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Alvaro Tafur Galvis y Antonio José de Irisarri Restrepo, a quienes se les informó el nombramiento mediante comunicación de 24 de marzo de 1992.

1.5 Los árbitros respondieron oportunamente sobre la aceptación de sus cargos, y en cumplimiento del artículo 17 del Decreto 2651/91, el director del Centro de Arbitraje fijó la fecha del 13 de septiembre de 1993 para la instalación del Tribunal, fue designado como presidente el doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero y como secretaria la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo el 22 de los propios mes y año.

1.6 El Tribunal fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la carrera 9 Número 16-21, piso 4 de esta ciudad; señaló las sumas para honorarios y gastos de funcionamiento, las cuales fueron consignadas en el término legal.

1.7 Mediante auto de 2 de noviembre de 1993 dictado durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones formuladas por el consorcio, en su demanda contra la Empresa, por razón de los contratos números 5006, 5078 y 5091 de 1989, suscritos entre las partes.

1.8 El proceso se desarrolló en diecinueve (19) sesiones, en las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio por el Tribunal. Las partes alegaron de conclusión y el Tribunal procede entonces a examinar y decidir las controversias planteadas.

I). PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre el fondo se hace necesario establecer sí en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, y poder así proferir un laudo de mérito. En efecto, las partes acreditaron su existencia legalmente y su representación, y además actuaron por medio de sus apoderados Judiciales, quienes fueron debidamente reconocidos en el proceso. El Tribunal asumió competencia mediante providencia de 2 de noviembre de 1993, con base en las consideraciones allí expuestas. Al no haber señalado las partes término para la duración del proceso, éste es de seis meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23/91. Sin embargo, por solicitud conjunta de los apoderados, el proceso se suspendió en varias oportunidades, y finalmente fue prorrogado su término por expresa manifestación de los representantes legales de las partes, durante la audiencia celebrada el 27 de junio de 1994 (mediante acta número 18), hasta el día 31 de agosto del presente año, inclusive.

III. PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LAS PARTES

3.1 El consorcio en su demanda solicita al Tribunal las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Que la Empresa de Energía de Bogotá incumplió grave y reiteradamente la obligación fundamental, que contrajo en virtud de los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989, de pagar oportunamente al consorcio contratista ICA, Termotécnica, tanto las cuentas que surgían de las actas de obra respectivas, como el anticipo previsto para financiar la preparación y el inicio de los trabajos.

"SEGUNDA. Que ese incumplimiento grave y reiterado de la Empresa de Energía de Bogotá a sus obligaciones dinerarias, causó importantes perjuicios al Consorcio, que le deben ser reparados en su integridad.

"TERCERA- Que para indemnizar al consorcio ICA, Termotécnica, los perjuicios financieros sufridos por el pago tardío de las actas de obra de los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989, se condena a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma de novecientos ochenta y tres millones seiscientos veinticuatro mil ciento noventa pesos (\$983.624.190.00) y doscientos diez y seis mil doscientos

veintinueve dólares con 11/100 (US\$ 216.229.11) o la que resulte probada en el proceso. A esta suma se llega imputando los pagos de la Empresa en primer lugar a intereses y luego a capital, actualizando las actas de obra al mes inmediatamente anterior a la fecha del pago respectivo, como lo manda el artículo 323 del Código Fiscal de Santafé de Bogotá y fijándole al capital adeudado el 24% anual por concepto de intereses reales efectivos, en pesos colombianos y el 7% en dólares de los Estados Unidos. El valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el Consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto.

"TERCERA. Primera subsidiaria. Que para indemnizar al Consorcio ICA, Termotécnica, los perjuicios financieros sufridos por el pago tardío de las actas de obra de los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989, se condena a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma de cuatrocientos veinte millones cuatrocientos nueve mil ochenta y seis pesos (\$420.409.086.00) y trescientos veintinueve mil novecientos diez y nueve dólares con 13/100 (US\$329.919.13), o la que resulte probada en el proceso. A esta suma se llega imputando los pagos de la Empresa en primer lugar a interés y luego a capital y gravando cada período de retraso con la tasa de interés moratorio señalada por la Superintendencia Bancaria de Colombia para las obligaciones en pesos y con el 5% anual sobre la tasa prime en dólares de los Estados Unidos. El valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto.

TERCERA. Segunda subsidiaria. Que para indemnizar al Consorcio ICA, Termotécnica, los perjuicios financieros sufridos por el pago tardío de las actas de obra de los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989, se condena a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma que a juicio del Honorable Tribunal, atienda la realidad procesal, la magnitud del daño y las circunstancias económicas y

financieras del país, resulte suficiente para indemnizar integralmente los perjuicios financieros sufridos por el contratista. El valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el Consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto.

"CUARTA. Que la Empresa de Energía de Bogotá pagó tardíamente al contratista la financiación de sus gastos iniciales y obtener descuentos o ventajas que permitieran conservar sin alteración por lo menos un 15% del valor de la obra.

"QUINTA. Que por decisiones que le fueron completamente ajenas, debidas a la propia Empresa de Energía de Bogotá, o a la oficina de cambios del Banco de la República, el consorcio se vio impedido a utilizar el anticipo recibido en la compra de cierta maquinaria, indispensable para la ejecución de los trabajos, y aprobada por la propia Empresa. En su lugar, debió el contratista adquirir la misma maquinaria por el sistema de arrendamiento financiero leasing a costo sensiblemente superior a aquel en que hubiera incurrido si hubiese podido utilizar eficientemente el anticipo.

"SEXTA.- Que para indemnizar al consorcio ICA, Termotécnica, por la tardía e ineficiente utilización del anticipo previsto en los contratos 5006,5078 y 5091 de 1989, se condena a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma de un millón doscientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve dólares con 53/ 100 (US\$1.290.549.53) y ciento sesenta y siete millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos con 68/100 (\$167.495.821.68), o aquella que resulte probada en el proceso. En todo caso, el valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió nacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto".

3.2. La Empresa después de oponerse a las pretensiones transcritas, propone las siguientes excepciones de mérito, además de las que se deriven de los hechos que aparezcan probados en el proceso:

"PRIMERA. Pago de la obligación.

"SEGUNDA. Inexistencia del incumplimiento "grave" y "reiterado".

TERCERA. Inexistencia de mora.

CUARTA. Imposibilidad obligatoria.

QUINTA: "Fuerza mayor o caso fortuito" o intervención exclusiva de un tercero.

SEXTA. Petición indebida.

SÉPTIMA. Sujeción a los términos, condiciones y reglamentaciones de referencia o reenvío del Banco Interamericano de Desarrollo respecto de los reembolsos.

"OCTAVA. Sujeción a las reglamentaciones legales y gubernamentales respecto de las operaciones de "comercio" exterior.

"NOVENA. Culpa de la provocante o aceptación por conducta concluyente.

"DÉCIMA. Improcedencia de "corrección monetaria" o de "valor presente".

"DECIMA PRIMERA. Improcedencia de intereses moratorios.

"DECIMA SEGUNDA. La genérica (artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, Decreto 2651/91".

IV. FUNDAMENTOS EN DERECHO DE LAS PRETENSIONES DEL CONSORCIO

Como derecho aplicable, la demanda invoca los principios consagrados en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, "las normas que rigen la responsabilidad contractual en el orden administrativo, contenidas en el Decreto 222 de 1983, en el Código de lo Contencioso Administrativo y en la Constitución Política Colombiana. Agrega que la indemnización que solicita ha de ser plena y, en materia de intereses, pide la aplicación de lo dispuesto en el capítulo V del título primero, libro primero del Código de Comercio, particularmente la del artículo 884 de esa obra. En materia de "indexación" o actualización de obligaciones dinerarias, invoca "las reiteradas elaboraciones de la jurisprudencia y de la doctrina nacional e internacional sobre el particular, que a su turno tiene arraigo en el principio de la causa de los contratos y particularmente de los que tienen carácter bilateral" agregando que los desajustes contractuales por efecto de la devaluación encuentran expresa consagración en normas tales como el artículo 86 del Decreto 222 de 1983 y 323 del Código Fiscal de Bogotá. En cuanto a la imputación de

pagos, la demanda invoca los artículos 1653 y concordantes del Código Civil y los contenidos en el capítulo V del título primero del libro cuarto del Código de Comercio, disposiciones todas que son aplicables al caso subexamine en virtud de las reglas específicas señaladas en los contratos números 5006, 5078 y 5091, los cuales fueron ,a juicio del Consorcio demandante, ignorados por la Empresa. Finaliza puntualizando que las pretensiones fundadas en las dificultades anotadas en cuanto al manejo de los anticipos encuentran apoyo Jurídico "en clarísimas normas contractuales y en el Hecho del Príncipe como fuente directa de responsabilidad.

V. PRUEBAS PRACTICADAS

Como prueba de los hechos que sirven de base a sus pretensiones, el consorcio aportó con la demanda una apreciable cantidad de documentos, la cual se incrementó durante las diligencias de inspección judicial con exhibición, practicadas por el Tribunal. También solicitó la práctica de dos dictámenes periciales orientados a obtener conceptos técnicos sobre diversos temas financieros como base contable de sus peticiones. Por su parte, la Empresa aportó documentos oportunamente al proceso e intervino activamente en la contradicción de las pruebas periciales; por su solicitud, se escucharon las declaraciones de los representantes de las firmas interventoras de los contratos. Oficiosamente el Tribunal solicitó a los peritos Jorge Torres Lozano y Luis Carlos Neira Archila, su concepto técnico sobre diversos temas económicos, agotando así la instrucción del proceso. El apoderado de la empresa objetó el dictamen rendido por los peritos ingenieros Alfonso Dávila Ortiz y Mauricio Ramírez Koppel, razón por la cual el Tribunal procederá al estudio de tal objeción, para determinar si aprecia o no sus resultados con el fin de declarar probados aquellos hechos sobre los cuales se relaciona su contenido.

VI. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR LOS INGENIEROS ALFONSO DAVILA ORTIZ Y MAURICIO RAMÍREZ KOPPEL. FORMULADA POR LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ

Por solicitud del consorcio demandante, el Tribunal de Arbitramento decretó la práctica de un dictamen pericial de peritos ingenieros especializados en construcción y maquinaria pesada, con el objeto de responder el cuestionario que para tal efecto se incluyó en la demanda. Durante la diligencia de posesión de los doctores Alfonso Dávila Ortiz y Mauricio Ramírez Koppel, designados por el Tribunal, el consorcio amplió el tema del dictamen a los puntos contenidos en el memorial que obra a folios 98A y 98B del cuaderno del trámite del proceso arbitral, tema que fue decretado también para ser respondido.

El 14 de marzo de 1994 en audiencia celebrada por el Tribunal (acta número 10), los ingenieros Dávila Ortiz y Ramírez Koppel presentaron su dictamen, dentro del término fijado; en la misma oportunidad se corrió el traslado a las partes, según lo dispuesto en el numeral 1. del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil y se fijaron los honorarios que debía cancelar el consorcio, como peticionario de la prueba.

En uso del derecho de contradicción de la prueba pericial, ambas partes solicitaron al Tribunal decretar aclaraciones, ampliaciones y complementaciones del dictamen rendido, de las cuales no todas fueron aceptadas por orientarse algunas a obtener conceptos jurídicos, otras por tratarse de puntos nuevos que no fueron materia de la pericia original y otras por inconducencia en relación con la prueba pericial (acta número 11).

El 28 de abril de 1994, los peritos presentaron al Tribunal las adiciones ordenadas, de las cuales se corrió traslado a las partes según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Dentro de esta oportunidad, la Empresa, por medio de su apoderado judicial objetó, el dictamen pericial por errores graves que fundamentó, según se desprende del memorial que obra a folio 203 del cuaderno de trámite, en la imposibilidad de los peritos de conceptuar sobre cuestiones diferentes a las solicitadas:

"el dejar de considerar todos los elementos tácticos necesarios para fundamentar sus conclusiones.

"el omitir la absolución de las preguntas o responderlas en forma ambigua e inconclusa.

"el emitir juicios de responsabilidad reservados exclusivamente al juzgador, al proceso, y al laudo".

Del memorial de objeciones, el Tribunal corrió traslado al consorcio, según lo previsto en el numeral 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (acta N° 14), durante el cual esta parte procesal llamó la atención sobre la falta de elementos de conformación de los denominados errores graves, se opuso a la solicitud de un nuevo dictamen pericial por considerarlo supec-fluo y señaló los temas que, en su criterio, eran puntos nuevos y que por vía de trámite de objeción, se intentaba introducir al proceso por parte de la Empresa" de manera extemporánea e ilegal" (folios 210,211,212 cuaderno de trámite).

Mediante providencia dictada el 12 de mayo del presente año (acta número 15), el Tribunal, una vez analizados los fundamentos de los errores graves expuestos, negó la práctica del dictamen pericial solicitado como soporte de las objeciones planteadas y ordenó tener como prueba de éstas para ser evaluadas en la oportunidad procesal correspondiente, todas las decretadas y practicadas en el proceso, especialmente la documentación relacionada en la petición y que figura en el expediente.

Es el laudo la oportunidad legal para decidir las objeciones al dictamen pericial según lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 23 de 1991. En este caso, por tratarse de un medio probatorio de especial importancia para la solución de los temas que se debaten, el Tribunal procede, antes de examinar los fundamentos de las pretensiones y de las excepciones, a decidir las objeciones formuladas, ya que de ello dependerá la apreciación de esta pericia que fue decretada y practicada para demostrar hechos de innegable relevancia frente a este proceso arbitral.

Consideraciones del tribunal

1. El numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que regula la contradicción de la pericia, dispone que el dictamen puede ser objetado por error grave, "siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas". Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que el error puede aparecer en el

objeto analizado, en la metodología empleada para su estudio, es decir, en los ensayos, procedimientos o experimentaciones utilizadas, y que también puede recaer sobre las conclusiones. La norma original del Código de Procedimiento Civil de 1970, modificada por la vigente que se analiza, disponía simplemente que las partes podían "objetar el dictamen por error grave", lo que había llevado al intérprete a ubicarlo en cualquiera de las diversas partes integrantes del mismo.

Con la disposición actual, a partir del Decreto 2282 de 1989, los errores graves del dictamen, para ser calificados como tales, deben incidir en sus conclusiones u originarse en éstas; es decir, que no se trata de cualquier error, sino de aquellos que tengan tal entidad, que de no haberse presentado, otro sería el contenido y el resultado de la pericia.

Por otra parte el precepto mencionado, es decir el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 5, impone al objetante precisar los errores graves en su escrito de objeciones.

El Tribunal al analizar la formulación de los errores graves en el escrito de la Empresa (acta número 15), entendió que ellos se ubican en el primero y segundo, cargos del acápite. El yerro de los peritos, es decir: " Modificar unilateralmente los puntos del cuestionario respecto de los cuales se solicitó y decretó la prueba y, por consiguiente, concluir sobre puntos extraños a éste.

2. Omitir la apreciación de datos y documentos importantes que hubieren variado su conclusión". Los otros dos cargos estimó que se refieren a apreciaciones jurídicas de los peritos y a la falta de consideración de otros elementos de juicio que, en opinión del objetante, debieron analizarse.

Primer error. Modificación del cuestionario por los peritos.

A folio 96 de la demanda, el Tribunal encuentra el cuestionario sometido por el Consorcio:

"a) Si las tarifas evaluadas por el consorcio de acuerdo con la metodología estipulada en las especificaciones técnicas están apropiadamente calculadas.

"b) Si los conceptos evaluados por el consorcio como costos mensuales de alquiler de equipo corresponden a los conceptos que la Burban Holding S. A. cubre a través de las tarifas mensuales pactadas con el consorcio;

"c) Si el valor de recuperación de los equipos calculado por el consorcio teniendo en cuenta las condiciones de su permanencia en la obra, está correctamente".

A folio 98B del cuaderno de trámite, aparece la ampliación de dicho cuestionario, presentada por el apoderado del consorcio en la fecha de posesión de los peritos:

"1) Verificarán la fecha en que el consorcio recibió el anticipo en dólares pagado por la Empresa de Energía de Bogotá en pesos colombianos en el monto previsto por el consorcio para adquirir maquinaria para las obras y las fechas en que el consorcio solicitó a la interventoría y en que ésta aprobó los desembolsos parciales del anticipo.

"2) Con base en una tasa del treinta y seis por ciento (36%) por concepto de financiación sobre saldos, los señores peritos determinarán el valor de los intereses, considerando como periodos de financiación los comprendidos entre las fechas de solicitud y aprobación de cada desembolso y como capital el saldo restante después de disminuir el anticipo en el monto de cada desembolso. El cálculo se determinará cuando el valor del capital desembolsado sea equivalente al monto del anticipo previsto por el Consorcio para adquirir maquinaria.

"3) Llevarán a valor presente los intereses calculados, según los índices de precios al productor del DANE".

El capítulo I del dictamen de los ingenieros Dávila Ortiz y Ramírez Koppel, se denomina Consideraciones Generales Sobre el Cuestionario y allí los peritos manifiestan sus dificultades en la interpretación de las preguntas; en los capítulos I y II redactan textos, que a su juicio, no varían el sentido pero hacen claridad sobre la orientación de las preguntas:

"Texto del cuestionario inicial

"a) Análisis de las tarifas evaluadas por el consorcio para determinar si están calculadas según la metodología definida en las estipulaciones técnicas del contrato.

"b) Comparación de los conceptos que incluyen los costos mensuales de alquiler de equipos contemplados en las tarifas del contrato con la Burban Hoiding S-A., contra el costo de propiedad de los equipos determinado según la metodología de Acic u otra similar cuando ésta no resulte aplicable.

"c) Estimación del valor real de recuperación de los equipos y su comparación con el calculado por el consorcio".

'Texto del cuestionario adicional

"1. Fechas en que el consorcio recibió el monto previsto para comprar maquinaria como parte del anticipo pactado en dólares y convertido a pesos colombianos en el contrato número 5006: sept- 27/89.

"1.1 Fechas en que el consorcio solicitó a la interventoría desembolsos parciales de los anticipos

"1.2 Fechas en que la interventoría aprobó los desembolsos parciales de los anticipos mencionados".

Al comparar cuidadosamente los cuestionarios, el Tribunal encuentra que los cambios son meramente formales en cuanto apenas tocan a la redacción misma de los temas, pues los elementos que conforman cada pregunta del consorcio, permanecen sin alteración, en las de los peritos.

La pregunta b) del cuestionario inicial, en la redacción de los peritos, incluye un elemento aparentemente nuevo en su texto, cual es "la metodología de ACIC u otra similar cuando ésta no resulte aplicable". El Tribunal encuentra en la petición de este dictamen en la demanda, la recomendación genérica a los peritos de utilizar el cálculo de tarifas y vida útil de equipo de construcción elaborada según la metodología de la Asociación Colombiana de Ingenieros ACIC y la de consultar cualquier otro manual o fuente de información. Por tanto, para el Tribunal el cambio de redacción es puramente gramatical, sin implicación alguna de variación del temario.

Con relación a la pregunta 1 del cuestionario adicional, en la redacción de los peritos, se aprecia la expresa mención al contrato número 5006; septiembre 27/ 89. El consorcio, peticionario de la prueba, en carta respondida a los doctores Dávila y Ramírez antes de que éstos rindieran el dictamen y que fue aportada al

expediente, aclaró, en el párrafo final de tal comunicación, que el alcance de la pregunta relativa a los sobrecostos derivados de la entrega extemporánea del anticipo cubría los contratos 5006, 5078, y 5091, y precisó la pregunta en el sentido de que la imposibilidad de utilizar el anticipo en la compra del equipo era relacionada con el contrato 5006. Así contestaron los peritos la pregunta 1 del cuestionario adicional. No encuentra, por tanto el Tribunal, variación en el contenido de la pregunta, sino meramente una clarificación de la misma.

El objetante señala como consecuencia de los cambios de los cuestionarios el que los peritos "no verificaron cuándo se pagó el anticipo y entraron en consideraciones subjetivas en torno del leasing internacional vs. costo de propiedad de máquinas, manejo del anticipo y resumen final de costos comparativos".

Sobre la afirmación de que los peritos no verificaron cuándo se pagó el anticipo, el Tribunal en el anexo 1 del dictamen encuentra documentados, separados por fechas y relacionados por aparte para cada contrato, todos los pasos y etapas que conformaron la entrega de los anticipos, por lo cual no resulta válido predicarse un error del dictamen en la afirmación de que "no se verificó cuándo se pagó el anticipo". Dicha relación basta para que el Tribunal observe que los peritos no sólo verificaron las fechas de pago del anticipo, tal como lo exigía la pregunta, sino que cuidadosamente revisaron toda la documentación cruzada entre las partes sobre el tema. Por otra parte no señala el objetante un error concreto en dicha verificación y menos aún la prueba de aquel.

Sobre las consideraciones del peritazgo acerca del leasing internacional, observa el Tribunal que en el otrosí N° 1 de los tres convenios suscritos por el consorcio con la Burban Holding S. A., se advierte que para todos los efectos, estos contratos se entienden como contratos de leasing internacional. Por esta razón no le es extraña al Tribunal la consulta que los peritos hicieron a Fedeleasing sobre aquellos aspectos que consideraron indispensables para responder el cuestionario (anexos 4 y 5 dictamen).

El error que el objetante allí ubica no existe, ya que en forma alguna se está señalando una equivocación en los cálculos de los sobrecostos ocasionada por

dichas consideraciones de los peritos y, menos aún, se está demostrando la incidencia del supuesto error en las conclusiones del dictamen. Corresponderá al Tribunal al evaluar los hechos que son materia de esta prueba pericial, determinar si acoge o no sus resultados.

Segundo error: omisión de datos importantes que hubieran variado su conclusión. El punto específico al que parece referirse la objeción, está relacionado con el cálculo del costo de la maquinaria pagado por el consorcio, una vez fue negado por el Banco de la República el uso del anticipo en dólares para la compra del equipo en el exterior. Según el objetante, los peritos no tuvieron en cuenta la opción surgida como alternativa de solución al problema anterior, es decir, la posible compra de los equipos del consorcio Spie Batignolles, Campenon Bernard, que había concluido sus obras en el Guavio, los cuales podían ser utilizados por el consorcio ICA, Termotécnica.

Al revisar las comunicaciones mencionadas en el escrito de objeción, como aquellas no sometidas en su análisis por los peritos, encuentra el Tribunal que ellas no inciden en las conclusiones del dictamen; esto, por cuanto la pregunta respondida, no contenía la exigencia de cálculos sobre tal negociación, negociación que no se llevó a cabo por no haberse aprobado tampoco por el Banco de la República; es decir, los cálculos que ahora reclama el apoderado de la Empresa serían la prueba de un hecho hipotético, cuya práctica no hubiera decretado el Tribunal. Los peritos calcularon las operaciones que a ellos les solicitaron: costos del contrato de leasing de la maquinaria y compararon, según el cuestionario, los resultados obtenidos con los previstos por el consorcio para inversión del anticipo.

El Tribunal, una vez realice las consideraciones Jurídicas sobre estos costos señalados en el dictamen, definirá a quién corresponde asumirlos, pero no puede dejar de apreciar la prueba pericial en el punto estudiado, ya que no encuentra señalado ni probado error alguno en tales cálculos, según la objeción formulada.

En la contestación al punto 6 de la aclaración, el objetante afirma que no se indican las causas por las cuales se monetizó el pago del anticipo y ubica el pretendido error de los peritos en no haber apreciado la comunicación GG-0215-

91 donde el Consorcio "expresamente renunció a reclamar sobrecostos por la monetización del anticipo en dólares" respecto del contrato 5091.

También soporta su objeción en que los peritos al responder este mismo punto no consideraron una comunicación al Banco de la República relacionada con otras opciones planteadas por el Consorcio para el pago del anticipo en dólares.

Para el Tribunal los peritos sí contestaron la pregunta: "Causas por las cuales se monetizó el pago inicialmente previsto en dólares", ya que afirmaron que el motivo por el cual se monetizó el pago inicialmente previsto, "fue la negativa del Banco de la República a autorizar el uso del anticipo en dólares para girar anticipadamente el pago correspondiente a la compra del equipo, que impidió al Consorcio seguir los planes que había previsto para invertir el anticipo según los contratos. Lo anterior obligó a buscar una fórmula sustitutiva, consistente en valerse del sistema "leasing". que si fue aceptado por el Banco de la República para poder utilizar la maquinaria requerida". También considera pertinente el Tribunal la comunicación del Banco de la República que como anexo 1 incluyeron los peritos, mediante la cual esta entidad comunica a la Empresa, que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, literal a) de la Resolución No. 18 de 1984 de la Junta Monetaria, el mecanismo de giro anticipado es aplicable únicamente para el pago de importaciones cuando el proveedor lo exige como condición para la fabricación del bien. Portal razón, lamentamos informarle que no es viable acceder a su petición".

El análisis que echa de menos el objetante sobre las eventuales renunciaciones del Consorcio y sobre las posibles alternativas de solución del pago del anticipo en dólares frente a la falta de autorización del Banco de la República, corresponde íntegramente al Tribunal y no podía ser del ámbito de la prueba pericial; primero, porque nunca formó parte del cuestionario y segundo, porque se refiere a hechos que de estar probados mediante esas pruebas documentales mencionadas en la objeción, serán apreciados en conjunto al fundamentar el presente laudo arbitral.

Otro supuesto error del dictamen lo señala el apoderado de la Empresa en la respuesta a la pregunta nueve de las aclaraciones: "Si el consorcio recibió los dineros del anticipo, en qué fechas, cómo los utilizó, en qué los invirtió y si los recibió a su satisfacción sin protestar mayores costos". Objeta la repuesta pues

afirma que las fechas de los cuadros 1,2. y 3, se relacionan con desembolsos correspondientes al manejo de cuentas corrientes conjuntas e indica que las fechas correctas son las del peritazgo contable. Efectivamente, las fechas de los cuadros 1,2, y 3, son aquellas en que la Interventoría aprobó los desembolsos parciales de los anticipos, fechas que nada tienen que ver con las de los pagos de los anticipos de cada contrato que aparecen en la página 3 de la aclaración de los peritos Jorge Torres y Luis Carlos Neira. Las diferencias obedecen a que los conceptos respondidos son diferentes, pues se refieren a temas diversos.

Por lo demás, encuentra el Tribunal, al estudiar la respuesta al punto nueve que todos los aspectos preguntados fueron respondidos, Al igual que en los pretendidos errores ya analizados, el Tribunal, no encuentra ningún elemento que lo sustente, aparte de que advierte que los resultados de los dictámenes practicados en este proceso son diferentes por cuanto responden a temas y a especialistas diferentes y así serán valorados.

El último error señalado por el objetante se ubica en la falta de análisis de los peritos al determinar los atrasos de los pagos hechos por la Empresa, basados en las fechas en que ésta debía entregar los anticipos y en las que realmente los recibió el consorcio. El texto de la pregunta es absolutamente claro y se refiere únicamente al señalamiento de fechas y a la contabilización de términos; no era labor de los peritos analizar las causas de los supuestos retardos como sí lo será por parte del Tribunal.

Este minucioso examen de todos y cada uno de los aspectos, que a Juicio de la Empresa constituyen error grave del dictamen rendido por los peritos Alfonso Dávila y Mauricio Ramírez, lleva al Tribunal a desestimar las objeciones planteadas.

VII. CUESTIONES SOMETIDAS A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Resueltas por el Tribunal las objeciones por error grave planteadas por la Empresa, corresponde el estudio de las cuestiones básicas que fundamentan las controversias de las partes sometidas a su decisión, iniciando con aquellas que soportan las pretensiones del Consorcio.

A. El ámbito del arbitramento

En vista de que tanto en la contestación de la demanda, como en su alegato de conclusión, el apoderado de la Empresa expresa que las únicas diferencias que debe resolver el Tribunal son las suscitadas por la imputación de los pagos, la aplicabilidad del artículo 323 del Código Fiscal Distrital y la entrega de los anticipos, y da a entender que, en consecuencia, las pretensiones del consorcio relativas a que el Tribunal se pronuncie sobre el valor presente de las eventuales condenas y sobre los eventuales perjuicios financieros ocasionados por "el supuesto pago tardío en las actas de obra y del anticipo" son asuntos que no se tuvieron presentes por las partes cuando adicionaron, en el mes de julio de 1992, los contratos 5006 y 5078 y se produjo la comunicación del 23 de abril del propio año, considera el Tribunal que es pertinente referirse a estos argumentos, pues de por medio está el tema concerniente al ámbito del presente arbitramento.

Al efecto conviene tener presente, en primer lugar, que todo proceso, el arbitral inclusive, está constituido por una serie concatenada de actuaciones que se van desarrollando paulatinamente, por etapas, de manera que una viene a ser precedente de la otra u otras subsiguientes, y constituyen, por ende, supuestos de las posteriores. Así, la primera y quizás más importante de las actuaciones que cumple un Tribunal de Arbitramento está constituida por aquella que culmina con la providencia mediante la cual el Tribunal, frente a las pretensiones del convocante y a la contestación de la demanda arbitral, califica su propia competencia. La providencia que tal punto define, es proferida por el Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite y ella se notifica a las partes en estrados a efectos de que, si no la encuentran conforme a derecho, hagan valer su garantía de defensa e interpongan contra ella los recursos que la ley les concede. Si las partes, enteradas de la decisión guardan silencio o dejan de interponer oportunamente los recursos que la ley les brinda, la providencia así notificada y no recurrida, cobra ejecutoria, queda en firme y se constituye en piedra sillar de las posteriores actuaciones del Tribunal.

Quiere ello decir, entonces, que si el señor apoderado de la Empresa tenía dudas o reservas en cuanto a la legalidad de la providencia mediante la cual este

Tribunal calificó su propia competencia para conocer y decidir en el fondo las pretensiones formuladas por el consorcio, ha debido a través de los recursos que la ley ponía a su disposición, cuestionar la decisión del Tribunal y obtener un pronunciamiento explícito por parte de este último sobre el punto. No obró así en esa oportunidad el procurador de la Empresa. Por el contrario, guardó silencio y se abstuvo de utilizar los recursos legales. No parece consecuente, entonces, la actitud que pretende reabrir ahora un punto que ha debido plantearse en etapa diferente del proceso, pues es preciso recordar que también en esta materia son aplicables los principios conforme a los cuales a nadie le es lícito invocar su propia culpa, omisión o negligencia para derivar un beneficio, ni volverse contra sus propias actuaciones.

De otra parte, conviene tener presente en el análisis de la cuestión, no sólo lo dispuesto por el inciso final del artículo 1649 del Código Civil conforme al cual "el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban", es decir que el pago, para que sea tal, ha de ser completo, y que como lo tiene ya aceptado la jurisprudencia nacional, como el pago ha de ser completo, para ello debe incluir la corrección monetaria, especialmente en caso de deudores morosos, como lo ha aceptado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencias de 9 de julio de 1979, 30 de marzo de 1984, 19 de marzo de 1986 y 22 de abril de 1987. En todas ellas se sostuvo por esa alta corporación la tesis de que no habrá pago completo, especialmente cuando los deudores morosos de obligaciones de dinero, pagan con moneda desvalorizada, es decir sin la correspondiente corrección monetaria. Así, pues, si la obligación no es pagada en la forma y tiempo debidos, se hace imperioso reajustarla para que represente el valor adeudado, ya que es esa la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago.

Por consiguiente, y de conformidad con las argumentaciones que se dejan expuestas, no considera el Tribunal que al someter el consorcio a su consideración la pretensión tendiente a obtener la corrección monetaria y al pronunciarse éste sobre ese extremo de las peticiones formuladas por el consorcio, se esté desbordando indebidamente el ámbito propio dentro del cual debe desarrollarse el

presente arbitramento. Asunto bien distinto es el de que la pretensión sea o no acogida por el Tribunal.

1. Anticipo

Planteamientos de las partes Peticiones de la demanda.

En la pretensión primera se expresa que debe declararse que la Empresa de Energía incumplió, grave y reiteradamente, la obligación fundamental que contrajo en virtud de los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989, de pagar oportunamente el anticipo previsto para financiar la preparación y el inicio de los trabajos.

En la segunda pretensión se pide que se declare que el incumplimiento, en cuanto al pago oportuno del anticipo, "causó importantes perjuicios al consorcio que le deben ser reparados en su integridad".

Mediante la cuarta pretensión se solicita que se declare que la Empresa de Energía pago tardíamente el anticipo "que debía permitir al contratista la financiación de sus gastos iniciales y obtener descuentos o ventajas que permitieran conservar sin alteración por lo menos un 15% del valor de la obra".

Por la pretensión quinta se busca que se declare que por decisiones que le fueron completamente ajenas al Consorcio "debidas a la propia Empresa de Energía de Bogotá o a la oficina de cambios del Banco de la República, el Consorcio se vio impedido a utilizar el anticipo recibido en la compra de cierta maquinaria, indispensable para la ejecución de los trabajos, y aprobada por la propia Empresa. En su lugar debió el contratista adquirir la misma maquinaria por el sistema de arrendamiento financiero leasing a costo sensiblemente superior a aquel en que hubiera incurrido si hubiese podido utilizar eficientemente el anticipo".

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se pide, mediante la sexta pretensión, que para indemnizar al consorcio por la tardía e ineficiente utilización del anticipo previsto en los contratos 5006, 5078 y 5091 de 1989 se condene a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma de un millón doscientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve dólares con 53/100 (US\$1.290.549.53) ciento sesenta y siete millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos con 68/100 (\$167.495.821.68) o la que resulte probada en el proceso- En

todo caso, el valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió hacerse, según lo disponga, el laudo, hasta aquella en que el Consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para este efecto".

En los hechos de la demanda se precisa que, en cuanto al anticipo "se produjeron retardos en los depósitos iniciales, problemas con los previstos en dólares y un manejo administrativo que les quitó la naturaleza que tenían. como fuente de financiación para el consorcio".

En la parte de hechos se puntualiza lo relativo al anticipo, precisando en doce ordinales lo pertinente.

En ese orden de ideas, señala el consorcio, entre otras cosas:

Que en la cláusula sexta de los contratos en cuestión quedó establecido el pago de un 15% del valor estimado del contrato en calidad de anticipo. Que los dineros correspondientes sólo podrían ser invertidos en la respectiva obra, de acuerdo con el plan de inversiones debidamente aprobado por la Empresa.

Que el pago del anticipo estaba sujeto a condiciones como la presentación y aprobación del programa de inversión del mismo, la presentación de la cuenta de cobro correspondiente, la constitución de las garantías contractuales y el programa detallado de ejecución de la obra. Tales condiciones, según expresa, se cumplieron todas oportunamente.

Que el depósito del anticipo en las cuentas se cumplió tardíamente, lo cual generó costos financieros que la Empresa debe indemnizar.

Que la interventoría de la obra. "desnaturalizando la función del anticipo y desatendiendo las continuas y apremiantes reclamaciones del contratista dispuso un sistema de utilización del anticipo, en cuya virtud se convirtieron los depósitos en pesos y en dólares, ya morosamente constituidos, no en recursos a disposición del consorcio para efectuar pagos con destino a la obra sino en fuente de reembolso para pagos efectuados".

En suma, afirma el Consorcio, el anticipo dejó de ser tal y se convirtió en un fondo que cubría gastos ya efectuados.

Que la oficina de cambios determinó que gran parte de los gastos externos a los que estaba destinado el anticipo no procedían cambiariamente.

Que como es de usanza en el tipo de contratos al que pertenecen los celebrados entre la Empresa de Energía y el consorcio, objeto del presente proceso, en el plan de uso del anticipo se incluyó una partida importante para la compra en el exterior de la maquinaria de uso más urgente.

Que la Empresa aceptó el plan de uso del anticipo y el consorcio solicitó a la oficina de cambios del Banco de la República que aprobara el uso de la cuenta en dólares, abierta para el manejo del anticipo, con destino al pago de la maquinaria referida.

Que la oficina de cambios del Banco de la República impidió que el anticipo se utilizara para el pago en dólares de los equipos por cualquier modalidad que fuera y que en su lugar recomendó el arbitrio de un contrato de arrendamiento financiero (leasing) internacional.

Que dadas las características de la obra no se podía esperar al resultado de acciones contenciosas para resolver las actuaciones de la oficina de cambios y "como la Empresa de Energía nada hizo para remediar el problema, el Consorcio tuvo que declinar el uso del anticipo para la importación de maquinaria y aceptar la recomendación de un contrato de leasing que le costó centenares de miles de dólares adicionales".

Que ante la imposibilidad de utilizar el anticipo en lo que resultaba más necesario, habida cuenta de la naturaleza de los contratos, esto es en la adquisición de maquinaria, el consorcio se vio obligado a modificar el plan de inversión, incluyendo partidas como el pago de nómina y otros gastos normales en la ejecución del contrato, "nunca imputables a un anticipo".

Que la Empresa se negó a girar en su totalidad el anticipo, a pesar de las solicitudes del Consorcio encaminadas a evitar la depreciación del mismo.

Concluye el Consorcio afirmando: "Así se configuró el más extraño de los mundos posibles; dinero en una cuenta perdiendo valor, necesidades urgentes e insatisfechas de maquinaria y equipo y el consorcio aguardando a que la obra avanzara para dedicarle, como anticipo, un dinero que debía cubrirse con el giro normal del contrato".

La contestación de la demanda

En la contestación de la demanda la Empresa, respecto de las peticiones enunciadas por el consorcio en cuanto al anticipo, expresa consideraciones orientadas a establecer que para el contrato 5006 no se previó compensación alguna en los casos de mora; que el pago del anticipo estaba sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, pero que el cumplimiento del consorcio debe ser probado; que la Empresa diligenció en tiempo las gestiones conducentes a la disponibilidad de los recursos en las respectivas cuentas corrientes; siempre la empresa actuó conforme a las estipulaciones contractuales.

Respecto de las actuaciones y decisiones adoptadas por la oficina de cambios del Banco de la República en relación con la adquisición de bienes con los recursos del anticipo y la monetización del mismo, afirma que las posibles modificaciones y efectos que de ellas se derivaron no comprometen a la Empresa.

Los alegatos de conclusión.

En los alegatos de conclusiones ambas partes reiteran sus peticiones y planteamientos iniciales.

El señor apoderado del consorcio en relación con la alegada demora en la entrega del anticipo se apoya en el análisis de las pruebas practicadas y trae acotación, en apoyo de su pretensión, antecedentes jurisprudenciales en torno de la naturaleza y características del anticipo en los contratos que celebra la administración. Así mismo, se detiene en el estudio de las pruebas aportadas al proceso con el fin de demostrar las circunstancias que llevaron a la contratación del arrendamiento financiero internacional, leasing de maquinaria necesaria para el desarrollo del objeto contractual. Finalmente, reitera, con citas de tratadistas del derecho

administrativo y del Consejo de Estado, las formulaciones hechas en la demanda en cuanto a la aplicación al caso sub índice de la denominada teoría del Hecho del Príncipe.

El señor apoderado de la Empresa, luego de recordarle al Tribunal sus deberes en relación con la tarea que le ha sido encomendada por las partes, llama la atención sobre el contenido de los contratos objeto de la controversia y puntualiza, entre otros aspectos, que en dicho contenido deben considerarse no solo los documentos contractuales, y dentro de éstos sus anexos, pliegos, programa de obras, plan de inversión del anticipo, sino también "las disposiciones jurídicas que por esencia y naturaleza le pertenecen al contrato sin necesidad de un pacto expreso (cláusula segunda, artículos 1502.1602 y ss. del Código de Comercio). Así mismo, destaca las estipulaciones contractuales contenidas en las cláusulas tercera, cuarta, sexta, séptima, parágrafo decimoprimer y decimoséptimo, que se refieren, en su orden, al valor del contrato, los precios cotizados y costos del contratista, forma de pago y financiación, ajuste de pagos, pago de la obra ejecutada después del vencimiento de cada uno de los plazos, información sobre el trabajo y manifestaciones hechas al contratista e importación de elementos y equipos.

2. Consideraciones del Tribunal

Con el fin de resolver sobre las peticiones formuladas por el consorcio en relación con el anticipo, y teniendo en cuenta que ellas se centran en tres aspectos principales, según la demanda, a saber, demora en la entrega del anticipo, imposibilidad de compra de la maquinaria y las condiciones de manejo administrativo del anticipo, el Tribunal considera:

Las estipulaciones contractuales atinentes al anticipo.

Las reglas acordadas por las partes dentro de los contratos 5006, 5078 y 5091 en relación con el anticipo constan en la cláusula sexta de los mismos.

Del contenido de esa disposición, idéntica en cada uno de los contratos, cabe destacar:

Se establece la obligación a cargo de la Empresa de entregar, en calidad de anticipo, una suma igual al 15% del valor estimado del contrato, "dentro de los mismos plazos y condiciones estipulados para cuentas de cobro mensuales en el literal B. de esta cláusula".

Se determinan condiciones y requisitos para el pago del anticipo. En ese sentido se establece que el pago debe ser en las mismas monedas del contrato y que el contratista previamente debe presentar y someter a aprobación por parte de la Empresa: a) El programa de inversión del anticipo; b) La cuenta de cobro correspondiente, c) La constitución de las garantías establecidas en la cláusula octava; y d) El programa detallado de ejecución de obras.

Se dispone que la cuenta de cobro del anticipo sólo puede presentarse después del perfeccionamiento del contrato.

Se acuerda que los dineros correspondientes deben ser manejados con las firmas conjuntas del contratista y de la Empresa o sus delegados y que "solamente serán invertidos en la correspondiente obra, de acuerdo con el plan de inversiones debidamente aprobado por la Empresa". La cuenta correspondiente deberá ser autorizada previamente por el revisor fiscal de la Empresa.

De otra parte, es pertinente hacer alusión a algunas estipulaciones contractuales que evidentemente enmarcan la conducta que han de observar las partes en sus relaciones, con motivo de la ejecución del contrato y de la cabal satisfacción del objeto del mismo:

La cláusula cuarta establece, entre otras cosas:

"El contratista declara expresamente que para la fijación de los precios de la propuesta tuvo en cuenta todos los requisitos estipulados en el pliego de condiciones de la licitación y demás documentos del contrato, e incluyó los gastos que deberá hacer y las utilidades que espera obtener al ejecutar las obras a que se refieren esos precios en las condiciones estipuladas en este documento; que visitó los sitios de la obra y se informó a cabalidad de las circunstancias y

condiciones físicas y económicas en las cuales se realizará la obra, de las leyes y reglamentaciones colombianas aplicables, de los riesgos y contingencias y de todos los factores locales como foráneos que inciden en el contrato, en su ejecución y en los plazos de realización de la obra. Ninguna omisión en que incurra el contratista durante el análisis de las condiciones que afecten o pudieren incidir en la ejecución de la obra, lo relevará de su responsabilidad de haber estimado las dificultades y costos para ejecutar la obra satisfactoriamente de conformidad con el contrato"

La cláusula decimaséptima, relativa a la importación de elementos y equipos previo, en el literal A, generalidades. "El contratista debe estar completamente informado de las leyes y regulaciones que rigen en Colombia para importar materiales, equipos y repuestos, bien sea temporal o permanente, de los artículos de prohibida o restringida importación, de los diferentes tipos de licencias de importación, de los procedimientos y tiempos necesarios para obtener licencias de importación y exenciones y, en general, de todo lo relacionado con los pasos que se deben dar para la importación de equipos y materiales a Colombia".

La cláusula decimanovena regula lo relativo a la supervisión de los trabajos y señala como funciones y atribuciones principales de los representantes designados por la Empresa para el ejercicio de esa supervigilancia técnica, entre otras, las de colaborar con el contratista para el mejor desarrollo de las obras; exigir el cumplimiento del contrato y de las especificaciones en todas sus partes; atender y resolver toda consulta sobre la correcta interpretación de los planos y especificaciones y sobre errores u omisiones que puedan contener; y "todas las demás atribuciones potestativas de la Empresa que ésta decida delegar en los representantes que designe para supervisar la ejecución del contrato".

La función del anticipo dentro de los contratos de la administración.

El señor apoderado de la parte demandante, en su alegato de conclusión, mediante cita textual de la providencia del Consejo de Estado de 16 de febrero de 1984, sección tercera, recuerda el entendimiento que se ha dado a la función del anticipo dentro de los contratos que celebran las entidades administrativas.

Dice la providencia en cita:

"Sin embargo, en el proceso que ocupa la atención de la sala, se hace relevante una situación, que merece una especial mención: un anticipo juega en las relaciones de los contratos administrativos un papel importante, por cuanto sirve de medio eficaz, económicamente, para permitir un desarrollo normal del objeto de la prestación, al convertirse como instrumento de financiación. Tan es así, que en el contrato celebrado entre las partes contendientes una de las cláusulas, la sexta, iba dirigida a permitir que de los pagos parciales de obras se descontara al contratista, en proporción al anticipo, determinado porcentaje: del 20% sobre el valor de cada acta de ejecución de obra hasta la cancelación total. No obstante, se repite, la relación entre el anticipo y la ejecución de la obra no existe plenamente, en el sentido de su rigor sustancial, es cierto y sabido que para todo contratista el recibo del anticipo si constituye un factor impulsador de las obras. No en balde se señala un plazo de entrega del anticipo inferior al de la iniciación de las obras: diez para el primero y treinta para el segundo.

"El fin es ostensible en cuanto presta instrumentos de financiación". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de febrero. Consejero ponente Dr. José Alejandro Bonivento, anales de 1984.1er. semestre)".

El cumplimiento de las obligaciones en relación con el anticipo:

La función especial del anticipo, puesta de relieve en la cita jurisprudencial, debe encauzar, a juicio del Tribunal, la interpretación de las cláusulas contractuales y la evaluación de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y la valoración de las pruebas aportadas.

De acuerdo con el régimen contractual analizado, corresponde al contratista, en el caso, el cumplimiento como requisito previo para la obtención del pago del anticipo los indicados en las cláusulas sextas de los contratos; a) El programa de inversión del anticipo; b) la cuenta de cobro correspondiente; c) la constitución de las garantías establecidas en la cláusula octava; y d) del programa detallado de ejecución de obras. Sobre la Empresa, a su turno, recae la obligación de pagar oportunamente. Según el literal B de la misma cláusula sexta, por pago oportuno se entiende el realizado "dentro de los sesenta días siguientes al recibo, en las

oficinas principales, de dichas cuentas debidamente preparadas y acompañadas de los documentos establecidos en esta cláusula".

En el expediente aparece demostrado, mediante la prueba documental, el cumplimiento de los requisitos ya descritos respecto de los tres contratos objeto de análisis.

Así consta la presentación de los programas de inversión del anticipo por parte del consorcio, la constitución oportuna de la garantía de las obligaciones contractuales en los términos de la cláusula octava y del programa de tallado de ejecución de obras. También consta la presentación de la correspondiente cuenta de cobro. (Manejo del Anticipo, volúmenes I, II y III. Pruebas aportadas por el Consorcio).

Así mismo, a través del estudio técnico hecho sobre la prueba documental por los señores peritos Dávila Ortiz y Ramírez Koppel, se ha establecido cuándo se cumplieron los requisitos por parte del consorcio y cuándo se realizaron los pagos por parte de la Empresa.

Del cotejo de fechas de cumplimiento de cada uno de los pasos enunciados los señores peritos concluyen:

"Contrato 5006: después de algunas consultas, el 29 de septiembre de 1989 el consorcio envió las cuentas de cobro del anticipo en dólares y en pesos correspondientes al contrato 5006 y el 31 de enero de 1990 fueron autorizadas las cuentas del anticipo en dólares por parte de la Empresa de Energía. De acuerdo con los términos contractuales, la Empresa habría debido autorizar las cuentas el 29 de noviembre de 1989 por cuyo motivo se presentó un retraso de 63 días.

Anticipo en pesos:

"La Empresa de Energía de acuerdo con los términos contractuales habría debido autorizar las cuentas el 29 de noviembre de 1989 y lo hizo el 1 de diciembre, por cuyo motivo se presentó un retraso de 2 días.

"Contrato 5078: el 18 de abril de 1990 el consorcio envió las cuentas de cobro del anticipo en dólares y en pesos correspondiente al contrato 5078 y el 29 de noviembre de 1990 fueron autorizadas las cuentas del anticipo en dólares por parte de la Empresa de Energía. De acuerdo con los términos contractuales, esta

autorización debía producirse el 18 de junio de ese mismo año; así, se presentó un retraso de 164 días.

"Anticipo en pesos

"La Empresa de Energía de acuerdo con los términos contractuales debía autorizar el pago el 18 de junio de ese mismo año; como lo hizo el 27, se presentó un retraso de 9 días. El "Contrato 5091 del 18 de abril de 1990 , el consorcio envió las cuentas de cobro del anticipo en dólares y en pesos correspondiente al contrato 5091 y el 29 de agosto de 1990, fueron autorizadas las cuentas del anticipo en dólares por parte de la Empresa de Energía. Como tal la Empresa debía autorizar las cuentas el 18 de junio de ese mismo año, se presentó un retraso de 72 días en este caso.

Anticipo en pesos

"Como la Empresa debía autorizar las cuentas el 18 de junio de ese mismo año y lo hizo el 28, se presentó un retraso de 10 días".

Como más adelante se analiza, a Juicio del Tribunal, en el presente caso y en relación con los tres contratos sometidos a estudio, aparecen demostrados los fundamentos tácticos y conceptuales del incumplimiento de la Empresa que, por concepto del pago de las cuentas de cobro, tanto del anticipo como de las actas de obra ejecutada, imponen el reconocimiento del resarcimiento solicitado.

Un segundo aspecto propuesto por el consorcio en torno del anticipo hace relación con los mayores costos que tuvo que asumir como resultado de la negativa de la oficina de cambios del Banco de República a las solicitudes de inversión del anticipo del contrato 5091 con arreglo al programa presentado ante la Empresa y aprobado por ésta.

Obran en el expediente las pruebas documentales que demuestran que en los programas de inversión del anticipo que presentó el consorcio se incluyó partida para la compra en el exterior de la maquinaria más urgente, respecto de los tres contratos sometidos al estudio del Tribunal.

Igualmente, constan las comunicaciones cruzadas entre las partes en torno de la solicitud presentada al Banco de la República sobre la autorización para el giro de la suma total del anticipo en dólares del contrato 5091 y la respuesta dada a la petición donde se expresa que "de conformidad con lo dispuesto en e) artículo 5 literal a) de la resolución número 18 de 1984 de la Junta Monetaria, el mecanismo de giro anticipado es aplicable únicamente a importaciones cuando el proveedor lo exige como condición para la fabricación del bien. Por tal razón lamentamos informarles que no es viable acceder a su petición".

Aparece demostrado, igualmente, que la Empresa insistió ante el Banco de la República para conseguir el pago según lo establecido en los contratos y que actuó oportunamente ante las diferentes autoridades del orden nacional competentes en atención a las características de la negociación proyectada. Ante las decisiones del Banco, la Empresa de Energía, sugirió, como alternativa, aceptar el pago en pesos de la componente en moneda extranjera del anticipo, lo cual fue aceptado por el consorcio, renunciando, como se recuerda entre otras piezas del expediente en el propio alegato de la parte demandante, "a cobrar los sobre costos que representaba el cambio de los dólares a pesos".

Teniendo en cuenta la decisión adoptada se propuso al Banco de la República la autorización para adquirir una maquinaria que se encontraba en el país en poder de uno de los consorcios contratistas del Guavio. No obstante, el Banco de la República no pudo atender la solicitud de autorización para la negociación, con sujeción a las disposiciones en ese entonces vigentes sobre la materia, citadas en los oficios, que obra en el expediente.

Como consecuencia de la nueva negativa del Banco de la República, la Empresa y el consorcio, por insinuación del propio Banco, debieron convenir en que se buscara la importación de maquinaria mediante un contrato de arrendamiento financiero en el exterior.

El consorcio reclama, como ya se ha dicho, el resarcimiento de los mayores costos derivados de haber tenido que contratar el arrendamiento que no había sido previsto originariamente. Como fundamento jurídico de su reclamación invoca la aplicación de la denominada teoría del Hecho del Príncipe, también llamada del

alea administrativa, con el fin de que se imponga a la Empresa el resarcimiento de los mayores costos en que aquel incurrió por la conducta de la oficina de cambios del Banco de la República.

Por ello, debe el Tribunal analizar la pertinencia de dicha teoría al caso sub indice.

Con cita de los tratadistas Miguel S. Marienhoff y Miguel Ángel Bercaitz y de una sentencia del Consejo de Estado de Colombia en apoyo de sus planteamientos, el señor apoderado del Consorcio ve configurados los elementos propios de la teoría en mención en relación con los contratos objeto de la litis.

Dice al respecto: "El Banco de la República le aplicó al consorcio las normas generales que en ese momento estimaba vigentes. Si hubiera estudiado el caso particular con interés de resolver el problema y no decretarlo, seguramente habría encontrado alguna norma que le habría garantizado al contratista la importación de la maquinaria, a la Empresa la terminación de la obra y al país ahorrarse el ingreso de más divisas al ya inundado mercado cambiario"

El Consejo de Estado en la providencia a que alude el señor apoderado, y en la parte que se transcribe en el alegato expresa:

"Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como Hecho del Príncipe y determinante del alea administrativa. Hecho siempre de carácter general, que puede emanar de la misma autoridad o de cualquier órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no de la teoría indicada" (sentencia de 27 de marzo de 1992. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo,)

A juicio del Tribunal, debe también traerse a colación otro párrafo de la sentencia, ubicado a continuación de los anteriores, donde el consejo precisa la aplicabilidad de la teoría. Así, se señala:

"Frente a esta tesis la medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de celebración del mismo, de tal manera que si la afecta o quebranta en forma anormal o

extraordinaria, en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su aplicación"

De esta transcripción pueden extraerse, como elementos configurativos del denominado Hecho del Príncipe, según el Consejo de Estado:

Debe tratarse de un acto de carácter general.

El acto puede emanar de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.

El acto debe generar alteración imprevisible del equilibrio financiero del contrato, en forma grave o anormal.

Al confrontar estos elementos con la situación objeto de análisis, el Tribunal encuentra que los actos emitidos por el Banco de la República, oficina de cambios, no ostentan un carácter general; por el contrario se refieren y resuelven sobre una situación individual, concreta. En efecto, si bien la oficina de cambios se apoyó, como era su deber en las normas generales sobre la materia, para el Tribunal es claro que las decisiones por ella proferidas no tienen el carácter general que se pretende postular.

*En este aspecto, el Tribunal, no obstante lo expresado en la sentencia del Consejo de Estado en cuanto a la generalidad del acto, debe indicar que en la doctrina se encuentra la aceptación de la teoría del Hecho del Príncipe aun en el supuesto de medidas de carácter particular, a condición de que se trate de medidas adoptadas por la misma entidad contratante ver A. Laubadere, F. Moderno y P. Devolve *Traite des Contrats administratifs*. LG.D.J. París 1984, página 546).*

De otra parte, si bien en la sentencia transcrita del Consejo de Estado se da a entender que el acto constitutivo del Hecho del Príncipe puede emanar de la misma entidad contratante o de cualquier órgano del Estado, considera el Tribunal que sobre el particular, siguiendo la doctrina, debe tenerse en cuenta la ubicación de esas otras autoridades u órganos estatales.

En efecto, en un comienzo, dentro del derecho francés, donde surge y se desarrolla la teoría, con el propósito de amparar la preservación de la ecuación financiera del contrato en frente de actos de la propia entidad contratante que actúe no como tal contratante, con los poderes emanados del contrato, sino en

ejercicio de sus atribuciones propias, como autoridad, se consideró, y aún se considera, que la teoría sólo debía operar cuando se tratara de actos emitidos por la propia entidad contratante (ver A. Laubadere, F. Moderne y P. Devolvé Traite des contrats administratifs. L.G.D.J. París 1984, páginas 522 y 524).

No obstante, en la actualidad, tomando el conjunto de la doctrina, parece aceptarse que también se configura el Hecho del Príncipe cuando el acto de carácter general es dictado por otras autoridades a condición de que estas pertenezcan al mismo nivel de la autoridad contratante.

Precisamente el profesor argentino Miguel Maríenhoff cuyo texto ha sido citado por el señor apoderado del consorcio en relación con otros aspectos de esta teoría del Hecho del Príncipe, expresa sobre el particular:

"Carece de toda trascendencia, entonces, que la medida perturbadora del equilibrio o ecuación económico-financiera del contrato provenga o no de la misma autoridad pública que celebró dicho contrato. Tal medida perturbadora, en todos los casos, será imputable al "Estado", cualquiera sea el órgano o repartición de éste de que provenga la medida lesiva.

"Pero el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerado por una resolución o disposición emitida por una autoridad perteneciente a un orden jurídico distinto del que corresponde o comprende a la autoridad que celebró el contrato. Así, un contrato celebrado por la Nación puede verse afectado por una resolución o disposición emitida por una provincia, y viceversa; un contrato celebrado por una municipalidad (entidad autárquica territorial) o por una entidad autárquica institucional, sea ésta nacional o provincial, puede verse afectado por una resolución o disposición emitida por la Nación o por la provincia. ¿Cuál es la figura aplicable para reglar los efectos de tal alteración del contrato? En los supuestos mencionados, cuando el respectivo contrato resulte afectado o vulnerado por un hecho o acto "ajeno" o "extraño" a la autoridad estatal que lo celebró, es aplicable la "teoría de la imprevisión" alea "económica, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato.

Tratándose de esferas jurídicas distintas, la situación mencionada es enteramente asimilable a la del acontecimiento perturbador "extraño" o "ajeno" a la voluntad estatal "álea" económica, quedando por alio encuadrado en la "teoría de la imprevisión" y no en la del "Hecho del Príncipe" álea "administrativa". Esta hipótesis es similar a la que se produciría si la medida o hecho perturbador provinieren de un estado extranjero". (Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Páginas 486 y 487).

Por lo demás, como ya se expresó, la teoría del Hecho del Príncipe se encuadra dentro de los acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de contratar. En efecto, si fueren previsibles, los efectos de los mismos operarían en la forma establecida en el contrato mismo.

Así las cosas, en este punto debe señalar el Tribunal que la negativa dada por el Banco de la República no puede catalogarse como imprevisible toda vez que habida cuenta del origen de los recursos del contrato y del contenido de los pliegos de condiciones y del texto del contrato, el contratista conocía que debía someter la utilización del anticipo a las disposiciones vigentes en materia de utilización de recursos provenientes del exterior, entre las cuales están las que prescriben las autorizaciones por parte de la oficina de control de cambios del Banco de la República para la adquisición de maquinaria destinada a las obras que se ejecuten en Colombia, en cumplimiento de contratos.

En efecto en los documentos del contrato y en el texto del mismo, según la transcripción hecha, se contiene la declaración del contratante sobre conocimiento de las disposiciones relativas a la importación de equipos, maquinarias, herramientas, repuestos etc.

En consonancia con las consideraciones precedentes, el Tribunal estima conveniente recordar que la Empresa de Energía y el consorcio frente al Banco de la República, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones cambiarías estaban, en igualdad de condiciones. De otra parte, de la documentación examinada que obra en el expediente, decretada como prueba del proceso, no es claro para el Tribunal que la Empresa, como lo afirma el consorcio, haya actuado

de manera negligente en las gestiones que adelantó ante la oficina de cambios del Banco de la República.

También es pertinente, a juicio del Tribunal, poner presente que los actos de la oficina de cambios del Banco de la República tienen el carácter de actos administrativos cuyo cumplimiento se imponía tanto a la Empresa como al Consorcio, y cuya presunción de legalidad debe desvirtuarse en la forma y con los procedimientos previstos en el Código Contencioso Administrativo.

En armonía con las anteriores consideraciones debe concluir el Tribunal que no se dan los requisitos que permitan, en el caso en análisis aplicar la teoría del Hecho del Príncipe y deducir con ese fundamento Jurídico la indemnización que solicita el Consorcio dentro del Proceso.

El manejo administrativo del anticipo de los contratos.

En la relación de los hechos de la demanda, el consorcio, como ya se ha indicado, señala como uno de los generadores del perjuicio que pretende le sea resarcido, el configurado mediante el sistema dispuesto por la Interventoría para la utilización del anticipo, aunque sobre el particular no deduce una específica consecuencia que se deba reflejar de manera explícita y cuantificada en la condena que solicita.

En torno de los hechos en mención se expresa en la demanda que en virtud de ellos "se convirtieron los depósitos en pesos y en dólares, ya morosamente constituidos, no en recursos a disposición del consorcio para efectuar pagos con destino a la obra sino en fuente de reembolso para pagos efectuados. En otras palabras diríamos que el anticipo dejó de ser tal y se convirtió en un fondo que cubría gastos ya efectuados. En suma, en lugar de financiarse el contratista con un anticipo, el contratista tuvo que financiar el anticipo. Desde la carta del 13 de diciembre de 1989 dirigida al consorcio por hidroestudios, se inicia el viacrucis del reembolso de gastos con cargo al "anticipo" hasta en los términos usados sangra la ironía". Hecho cuarto- Capítulo II. Más adelante, agrega que por virtud de las decisiones del Banco de la República, el consorcio se vio obligado a modificar el plan de inversión de los contratos "incluyendo en su destinación partidas que nada tienen que ver con un anticipo, como el pago de nómina y otros gastos normales de la ejecución del contrato.

Hecho décimo. Capítulo segundo. "Como por obra de las circunstancias dichas, el anticipo languidecía en una cuenta bancaria, el consorcio pidió que se le giraran en su totalidad, con el ánimo claro de impedir su depreciación. La Empresa se lo negó rotundamente, una y muchas veces".

En los volúmenes relativos al anticipo, aportados por el consorcio y decretados como prueba del proceso, constan efectivamente las comunicaciones cruzadas entre éste y la Empresa respecto del entendimiento de las cláusulas contractuales y de las disposiciones distritales que disciplinan el manejo e inversión de los anticipos en los contratos que celebren las entidades del Distrito.

Como ya se expresó, los contratos 5006, 5078 y 5091, en la cláusula sexta, determinan las finalidades, forma de manejo y reglas aplicables al anticipo. Por otra parte, la cláusula cuadragésima de los mismos contratos establece que en acatamiento de las disposiciones del Código Fiscal del Distrito, artículo 195 del acuerdo 6 de 1985 "forman parte integral del presente contrato todas las disposiciones del Código Fiscal que sean aplicables, las cuales se consideran como cláusulas del presente contrato. En caso de conflicto entre las cláusulas del presente contrato y las estipulaciones del Código Fiscal, rigen todas las últimas".

En el artículo 315 del Código Fiscal se establecen las reglas que deben observar las entidades del Distrito para la determinación del porcentaje de los anticipos, entrega, forma de manejo, destinación, utilización. Esa disposición corresponde, básicamente, al contenido de las citadas cláusulas sextas de los contratos.

Es pertinente destacar en este punto que conforme a la disposición del Código Fiscal "los dineros provenientes del anticipo deben manejarse en cuenta bancaria especial con las firmas conjuntas del contratista y del interventor y que el contratista debe llevar un registro de la cuenta del anticipo que demuestre inequívocamente el saldo y las bases que lo conforman". "Dicho registro debe presentarse a la respectiva Revisoría o Auditoría Fiscal con el extracto bancario y la conciliación en los términos y condiciones señalados en los reglamentos que expida la Contraloría".

El Código Fiscal Distrital, por otra parte, en el capítulo XXXIII, del título III, regula lo relativo a la intervención de la Contraloría en la contratación y los deberes de información que incumben a las entidades sujetas a la vigilancia.

En el manual de control fiscal expedido por la Contraloría Distrital, vigente por la época de celebración de los contratos 5006, 5078 y 5091, se determinan las pautas que deben observarse para la rendición de cuentas de anticipos a contratistas.

El Consorcio, mediante varias comunicaciones solicitó, en relación con los contratos en mención, que la Empresa accediera a la entrega de los fondos del anticipo, en lugar de aprobar cheques a cada beneficiario, con el compromiso de la ulterior presentación de los documentos necesarios demostrativos de la correcta inversión del anticipo.

La Empresa, en respuesta a esas solicitudes puso presente los textos contractuales y las disposiciones fiscales pertinentes, a los cuales ya se ha hecho referencia en el presente laudo, precisando el procedimiento para el manejo del anticipo de los contratos.

En las comunicaciones de la Empresa dirigidas por la Empresa al interventor integral, Gómez Cajiao, respecto de los cheques, se expresa que "los cheques girados a los distintos beneficiarios incluyen los soportes necesarios para demostrar la naturaleza del pago y el valor del cheque, como las cotizaciones, órdenes de compra, etc. En ningún caso se deben exigir facturas canceladas, pues se supone que el gasto no se ha ocasionado".

Es decir que el requisito impuesto no era el de la demostración de los pagos efectuados sino la precisión sobre los pagos que se realizarían. Exigencia ésta que a pesar de afectar la flexibilidad en el manejo del anticipo no contraria, a juicio del Tribunal, las disposiciones administrativas y contractuales que imponían el manejo con las firmas conjuntas del contratista y del interventor.

Por último, es pertinente destacar que dentro de la operación contractual y su control por parte de la Empresa y de las entidades especializadas del Distrito, una es la función que le compete a la interventoría del contrato y otra la propia de los auditores o revisores fiscales de la Contraloría Distrital. Para estos últimos, la labor

de control, en los términos de los textos legales y reglamentarios, es una actividad que debe cumplirse a posteriori; para la Empresa, en cuanto al anticipo, implica una actuación concomitante, coetánea al cumplimiento.

— La cuantificación de los perjuicios:

En armonía con los análisis efectuados, el Tribunal debe establecer la cuantía de los perjuicios que debe resarcir la Empresa al consorcio por razón de la mora en el cumplimiento de la obligación de pagar oportunamente los dineros provenientes de) anticipo.

Los señores peritos Dávila Ortiz y Ramírez Koppel en la aclaración del dictamen inicialmente rendido establecen las sumas que en relación con los tres contratos, 5006,5078 y 5091 se han causado por razón de la demora en el pago, teniendo en cuenta la fecha de cumplimiento de los requisitos por el consorcio, la fecha de causación del pago y la fecha real de disponibilidad. El Tribunal acoge las cuantificaciones que aparecen en el cuadro que obra a folio habida cuenta de su claridad, precisión y ponderación, resultado del examen efectuado personalmente por ellos sobre los libros de contabilidad y demás documentos de soporte, tanto de la Empresa como del consorcio, tal como se verá más adelante.

B. Incumplimiento por mora.

Según se desprende del texto de la demanda, en este punto la pretensión del demandante se contrae a conseguir que se declare que la Empresa no cumplió oportunamente con su obligación de pagar las cuentas correspondientes a las actas por ejecución parcial de la obra contratada, y que, en consecuencia, debe condenársela al pago de la consiguiente indemnización moratoria.

Para este último efecto, solicita que los pagos que la Empresa realizó a lo largo de la ejecución del contrato sean imputados en primer lugar a los intereses, y sólo posteriormente al principal, "actualizando las actas de obra a la fecha del pago respectivo y fijándole al capital adeudado el 24% anual".

Por su parte, la demandada, al oponerse frontalmente a esta pretensión. manifestó que, por el contrario, la Empresa siempre pagó oportunamente las actas de obra y

fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en los términos de la Constitución y la ley.

En sus alegatos de conclusión, uno y otro apoderados reiteraron sus respectivas posiciones, sí bien el representante Judicial de la Empresa varió un tanto la suya, en la medida en que, en cambio de seguir afirmando rotundamente que "la Empresa no incumplió el pago oportuno de las actas de obra respectivas, pasó a decir que su representada no incurrió en incumplimiento que pueda calificarse de grave, puesto que de su parte no hubo ni dolo ni intención de causar perjuicios. En la versión escrita de su alegato complementó este último aserto, afirmando que "para que el incumplimiento de un contrato de prestaciones correlativas sea grave es menester, además de su imputación al deudor, la coexistencia de un comportamiento carente de toda justificación normativa o contractual, esto es, una actitud desplegada con culpa grave o con dolo".

Sobre el particular estima el Tribunal que lo primero que debe decirse es que, en materia de los contratos de prestaciones recíprocas, comúnmente llamados bilaterales, como sin duda lo son los que dieron lugar al presente proceso, no es posible relacionar la gravedad del incumplimiento de una de las partes con la culpa grave que pudiera haber determinado tal incumplimiento. Entre otras cosas, porque, sin perjuicio de que en este tipo de contratos pudiera haber un incumplimiento susceptible de ser calificado de grave, es lo cierto que el artículo 1604 del Código Civil establece expresamente que en ellos basta con la sola culpa leve para comprometer la responsabilidad del deudor.

Por otro lado, para el Tribunal es claro así mismo que la calificación de más o menos grave que puede dársele al eventual incumplimiento de una obligación, para nada incide en la consecuencia que indefectiblemente se desprende de él, consistente en imponerle al incumplido la obligación de indemnizar la totalidad de los perjuicios causados. Cosa muy distinta es aquella a la que, para efectos de la indemnización del daño imprevisible, se refiere el artículo 1616 del Código Civil cuando distingue entre el perjuicio causado dolosamente y el causado culposamente.

Una vez más, aquí también es claro que la distinción proviene, no de la gravedad del incumplimiento, que como tal siempre es irrelevante a los ojos del derecho en frente de la realidad y la magnitud del perjuicio causado, sino de la mayor o menor reprochabilidad que pueda imputársele a la conducta del deudor.

Así las cosas, para los efectos del presente laudo arbitral será indiferente la calificación sobre la mayor o menor gravedad que eventualmente pudiera llegar a predicarse de cualquier posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. Lo que habrá de establecerse es si hubo o no tal incumplimiento, si él se probó en debida forma, si con él se le causó un perjuicio a la parte contraria, cuál es la magnitud de dicho perjuicio y cuál, por último, el monto que debe tener la correspondiente indemnización.

Por lo que hace al fenómeno mismo de la mora en el cumplimiento de alguna de sus obligaciones, para el Tribunal es claro que la Empresa efectivamente incurrió en ella en determinadas oportunidades y respecto del pago de algunas de las actas parciales de obra. Sobre ello, no cabe duda alguna.

Bien se sabe que la mora "es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unida a la reconvención por parte del acreedor". (Ospina Fernández Guillermo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Segunda edición. Editorial Temis. 1983. Página 568).

Así pues, conforme a nuestro derecho, para que haya mora se requieren tres condiciones: el retardo, la culpabilidad y la reconvención (interpellatio) ésta última en los eventos en que la ley no la dispensa.

En materia de retardo, en el caso presente es indudable que una gran parte de las obligaciones consistentes en el pago del valor de las cuentas de cobro mensuales por obra ejecutada, fue cumplida con retraso por la empresa.

De acuerdo con lo estipulado en las convenciones acerca de la oportunidad de dichos pagos, ellos habrían de efectuarse "dentro de los sesenta (60) días siguientes al recibo, en las oficinas principales, de dichas cuentas debidamente preparadas y acompañadas con los documentos establecidos en esta cláusula".

Y ocurre que, de conformidad con lo que estableciere y dictaminaron los señores peritos Neira Archila y Torres Lozano, en relación con el contrato número 5006, de las cuentas, en pesos colombianos, correspondientes a las 36 actas mensuales de obra básica, 13 se pagaron con retardo; de las correspondientes a las 6 actas de obra básica adicional, 3 se pagaron con retardo; de las correspondientes a las 4 actas de obras extras, 1 se pagó con retraso; la cuenta correspondiente al acta básica adicional se pagó con retardo; de las 90 correspondientes al ajuste de actas de obra básica, 45 se pagaron con retardo y de las correspondientes a las 14 actas de ajuste de obra básica adicional, 11 se pagaron con retardo.

Por lo que hace a las cuentas pagaderas en dólares, correspondientes al mismo contrato 5006, de las 36 correspondientes a las actas de obra básica, 17 se pagaron con retraso; de las 6 correspondientes a obra básica adicional, 3 se pagaron con demora; de las 107 correspondientes a ajuste de actas de obra básica, 79 se pagaron tardíamente, y de las correspondientes a ajuste de obra básica adicional, 1-5 se pagaron con retardo.

En relación con las cuentas en pesos colombianos del contrato 5078, de las correspondientes a las 45 actas de obra básica, 21 se pagaron tardíamente; de las 16 correspondientes a obra básica adicional, 5 se pagaron con retardo; de las correspondientes a las 100 actas de ajuste de obra básica, 49 se pagaron con retraso; de las correspondientes a las 26 actas de ajuste por obra básica adicional, 12 se pagaron tarde; de las correspondientes a las 10 actas de obras extras, 6 se pagaron con retardo, y de las correspondientes a las 4 actas de ajuste de obras extras, 3 se pagaron con retraso.

Por lo que hace a las cuentas de este mismo contrato, en dólares, de las correspondientes a las 44 actas de obra básica, 22 se pagaron tarde; de las correspondientes a las 16 actas de obra básica adicional, 3 se pagaron tarde y de las correspondientes a las 9 actas de obras extras, 1 se pagó con retraso.

Y en relación con el contrato 5091, por lo que hace a las cuentas en pesos colombianos, de las 29 correspondientes a las actas de obra básica, 8 se pagaron con retraso; de las correspondientes a las 62 actas de obras extras. 29 se pagaron

tardíamente; de las correspondientes a las 19 actas de ajustes de obra básica, 12 se pagaron tarde, y de las 43 correspondientes a las actas de ajuste de obras extras, 21 se pagaron con retraso.

Y por lo que hace a las cuentas en dólares en relación con el mismo contrato, de las 29 correspondientes a actas de obra básica, 27 se pagaron tardíamente; de las 4 correspondientes a actas de obras varias, 3 se pagaron con retardo, y de las 77 correspondientes a los ajustes de actas de obra básica, 69 se pagaron tardíamente.

En tales condiciones, no cabe duda acerca de que, en el caso de autos y respecto de los tres contratos a los que el mismo se refiere, ese primer y fundamental elemento de la mora, consistente en el retardo, fue poco menos que una constante a lo largo y ancho de la ejecución de todos ellos, en punto de la obligación de pagar las cuentas correspondientes a las actas por obra ejecutada.

Por lo que toca con el segundo de los elementos constitutivos del fenómeno de la mora, cual es el de la culpabilidad, lo primero que es necesario destacar es que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del sistema alemán, está matriculado dentro de la tesis de que cuando el retardo no es imputable al deudor, no debe haber indemnización por los perjuicios moratorios.

Este es el entendimiento del segundo inciso del artículo 1616 del Código Civil, cuando dispone que "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios".

En estas condiciones, el Tribunal considera que en el caso presente, los retardos que se produjeron en el cumplimiento de las obligaciones a las que se ha hecho referencia atrás, fueron imputables a dolo de parte de la Empresa, entendido en la acepción que se le suele dar como elemento constitutivo de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Y ello se afirma, no porque el Tribunal considere que la Empresa intencionalmente retardó el cumplimiento de su obligación de pagar, con el propósito de perjudicar al contratista, sino porque estima que para que se configure el dolo como

elemento de la responsabilidad, no es necesaria la intencionalidad del daño sino que basta con la simple conciencia de que él se va a producir.

En otras palabras, querida la causa, querido el efecto, por el sólo hecho de que el deudor sabe de antemano que él se va a producir.

Pero es que aun si el Tribunal optara por la tesis de que para que se configure el dolo no basta con que se de lo que el citado autor denomina la "scientia nocendi", sino que además es necesario que medie lo que él mismo llama "animus nocendi", —según lo ha sostenido el señor apoderado de la Empresa, forzosamente tendría que convenirse en que los retardos fueron producto de la negligencia de esa Empresa que no previó los efectos negativos que ellos producirían en el patrimonio del consorcio, o que, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos, como lo predica la moderna teoría de la culpa en materia contractual, o alternatively, en que no obró como lo habría hecho una persona prudente y diligente, si ha de estarse a la teoría tradicional de la culpa contractual. Como quiera que por otra parte el señor apoderado de la Empresa ha sostenido también que los retardos en los pagos habrían sido determinados por circunstancias especiales constitutivas de "imposibilidad sobreviniente". y que ellas habrían excluido la culpabilidad como elemento de la mora, el Tribunal examinará a continuación si en el caso sub-lite en efecto se dieron los presupuestos para que pueda hablarse de dicha imposibilidad sobreviniente.

Se sabe también, que este fenómeno se enmarca dentro de la llamada "causa extraña", la cual como lo tiene dicho la doctrina, produce el efecto de romper el nexo causal entre el hecho dañoso en este caso la falta de pago oportuno y el perjuicio sufrido por el acreedor.

Como quiera que tal nexo causal es además, y por definición, uno de los elementos de la responsabilidad civil, su ausencia naturalmente da lugar a que ésta no pueda configurarse, y a que, por consiguiente, el deudor quede exonerado.

A este respecto, tiene establecido de vieja data la doctrina que la causa extraña, cualquiera que sea la forma como se presente, caso fortuito, fuerza mayor, hecho

de un tercero, etc. requiere de la presencia de dos requisitos; la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

La primera, supone que el hecho dañoso en concreto, en este caso el cumplimiento tardío en razón de las demoras en los trámites de diversas autoridades distintas de la Empresa de Energía, no hubieran sido previsibles. En el caso sub-lite, cree el Tribunal que este elemento de la causa extraña se cumplió, en la medida en que era fácilmente concebible por parte del contratista, el que pudieran producirse demoras en los pagos como consecuencia de los dilatados trámites que debían surtir las respectivas cuentas de cobro para ser finalmente pagadas.

Pero también para el Tribunal es claro que el segundo de los elementos, cual es la irresistibilidad, no se dio en el caso presente.

En efecto, a diferencia de la imprevisibilidad, que se aprecia en el caso concreto, la irresistibilidad debe examinarse en abstracto, es decir que, para que se configure, se requiere que no sólo el deudor sino nadie, en términos absolutos, hubieran podido cumplir.

El Tribunal entiende que otras entidades, puestas en el lugar de la Empresa. y aun esta misma, con interés y con razonables celo y eficiencia, hubieran podido lograr que las cuentas se pagaran oportunamente. Lo contrario equivaldría a afirmar que todas las entidades estatales, per se, nunca cumplen ni podrían cumplir a tiempo con sus obligaciones y que, en consecuencia, jamás tendrían que indemnizar los perjuicios que por esa razón llegaren a causar.

Estando pues clara a juicio del Tribunal la culpabilidad de la Empresa de Energía en el retardo en los pagos, sólo resta indicar que el tercero de los requisitos de la mora, es decir el requerimiento judicial del deudor, no era necesario en el caso presente, dada la circunstancia de estar sometidas a término las obligaciones de la Empresa de Energía que se dicen incumplidas.

Es conocido en este tema el principio a cuyo tenor die interpellar pro hominem, y que en el sólo vencimiento de término se constituye como requerimiento en mora para el deudor, como establece expresamente el ordinal a. del artículo 1605 del Código Civil.

Enfrente de esta circunstancia debe destacarse que el contratista, en cambio, según las pruebas que obran en el proceso, cumplió oportunamente con todas y cada una de las obligaciones pactadas en el contrato, como que ejecutó la obra dentro de los términos convenidos en éste y en sus prórrogas, de acuerdo con las especificaciones acordadas y constituyó además las garantías a las que se había comprometido.

C. La revisión de precios

Definido así el punto atinente al incumplimiento reclamado por la actora en relación con la obligación de la Empresa de pagar oportunamente las cuentas correspondientes a las actas por obra ejecutada, incumbe ahora establecer si las revisiones de precios aplicables a los contratos de autos deben calcularse con base en los parámetros del artículo 323 del Código Fiscal de Bogotá o en lo dispuesto por las cláusulas séptimas de los contratos.

Ello, habida consideración de que sobre este punto existe también entre las partes una abierta oposición, ya que mientras el consorcio sostiene que debe aplicarse la fórmula prevista en el Código Fiscal, la Empresa, por su parte, invoca la que se estipuló en los contratos.

La primera, es decir la fórmula incorporada en el artículo 323 de dicho código acoge como base para el reconocimiento y la liquidación de las revisiones de precios, el índice de ajuste "correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada de acuerdo al plan de trabajo".

En cambio, la fórmula convenida por las partes acoge como base para dichos reconocimiento y liquidación de las revisiones, "el índice del mes de la obra cuyo valor se ajusta".

Como quiera que la contradicción entre una y otra fórmula salta a la vista, corresponde entonces, como atrás se dijo, determinar cuál de ellas debe prevalecer y proceder a aplicarse a los ajustes de precios que debe calcular el Tribunal.

Lo primero que debe señalarse sobre el particular es que el propio Código Fiscal de Bogotá permite, según lo dispone expresamente el primer inciso de ese mismo artículo 32, que las partes de un contrato de obra pública o dé consultoría

celebrados a precio global o por precios unitarios, pacten "revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos".

En tales condiciones, para el Tribunal no cabe duda acerca de que en los términos del Código Fiscal de Bogotá, para que pueda proceder la revisión de precios en uno de tales contratos, es menester que ella se haya estipulado por las partes. Y en sentido contrario, que no podrá haberla, a falta de un tal pacto entre ellas.

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 323 de marras, establece, entre otras cosas que, en cuanto sea posible, las revisiones de precios deberán determinarse mediante fórmulas matemáticas que se incorporarán en el respectivo contrato.

Así pues, la Empresa y el consorcio no sólo estaban facultados para convenir de común acuerdo revisiones periódicas de precios de los contratos, sino que, si tal era el caso, debían procurar establecerlas mediante fórmulas matemáticas que se incorporarán a las respectivas convenciones.

Y eso fue precisamente lo, que ocurrió cuando, en desarrollo de dichas disposiciones, las partes estipularon expresamente tal posibilidad y acordaron, para el efecto, unas fórmulas matemáticas precisas y determinadas.

Ahora bien, a juicio del Tribunal, las fórmulas en cuestión, así pactadas, no tienen por qué acoger un determinado índice de ajuste de precios, de preferencia sobre otro cualquiera. Y tampoco tienen por qué incluir, como necesario, el índice correspondiente al mes anterior al del pago de la obra ejecutada, al que se refiere el citado inciso tercero del artículo 323. Ante todo, porque nada obliga a que así sea. Pero especialmente, porque ese índice particular acogido por dicho inciso, sólo habría de aplicarse a falta de una fórmula matemática distinta acordada por los contratantes e incorporada en el contrato; es decir, en subsidio de tal fórmula matemática.

En efecto, es perfectamente claro que la norma del tercer inciso del artículo 323 que no obstante su contenido general, no pasa de ser un acto administrativo, no tiene carácter imperativo sino meramente dispositivo o supletorio, en la medida en que lo hace es suplir la voluntad de las partes cuándo ella no se ha expresado; es decir, en aquellos casos en los que, habiéndose pactado en el contrato la revisión

de precios, las partes no han señalado el índice con base en el cual se debe calcular el respectivo reajuste.

En consecuencia, resulta indudable que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir fórmulas que incluyan índices distintos, siempre, por supuesto, que aquello no contraría principios o reglas propios del derecho público. Máxime si, como ocurrió en el presente caso el convenio resulta más favorable a los intereses de la entidad pública que la fórmula dispositiva del artículo 323.

En este punto no escapa al Tribunal la existencia del precepto contractual a cuyo tenor "en caso de conflicto entre las cláusulas del presente contrato y las del Código Fiscal, rigen estas últimas". Lo que ocurre es que, a su juicio es evidente que tal precepto se refiere solamente a las normas del código que tengan el carácter de imperativas, entre otras cosas, porque no tendría sentido que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, hubieran derogado específicamente una norma de carácter dispositivo para, a continuación, convenir que dicha disposición no tendría efectos ni resultare en contraposición con aquélla.

Por consiguiente, este Tribunal tendrá como índices para las revisiones de precios, los estipulados por las partes en las cláusulas séptimas de los contratos, es decir, los correspondientes al mes de ejecución de la obra cuyo valor haya de ajustarse.

D. Los Intereses moratorios.

1. Pretensiones del consorcio

En la tercera de las pretensiones de la demanda, el consorcio solicita que el Tribunal condene a la Empresa demandada a pagarle la suma de novecientos ochenta y tres millones seiscientos veinticuatro mil ciento noventa pesos (\$983.624.190.00) y doscientos dieciseis mil doscientos veintinueve dólares con once centesimos de dólar (US\$216.229.11) o la que resultare probada en el proceso, a título de indemnización por los perjuicios financieros que dice haber sufrido por el pago tardío de las actas de obra en los contratos números 5006.5078 y 5091 de 1989, suma a la que se llega imputando los pagos de la

Empresa primero a intereses y luego a capital, "actualizando las actas de obra al mes inmediatamente anterior a la fecha del pago respectivo, como lo manda el artículo 323 del Código Fiscal de Santafé de Bogotá y fijándole al capital adeudado el 24% anual por concepto de intereses reales efectivos, en pesos colombianos y el 7% en dólares de los Estados Unidos".

En subsidio de la anterior pretensión, la demanda del consorcio solicita que para los mismos efectos indemnizatorios, la condena se haga por la suma de cuatrocientos veinte millones cuatrocientos nueve mil ochenta y seis pesos (\$420.409-086.00) y trescientos veintinueve mil novecientos diecinueve dólares con trece centesimos (US\$ 329-919.13) o la que resulte probada en el proceso, sumas a las que se llega también imputando los pagos hechos por la Empresa primero a intereses y luego a capital "y gravando cada periodo de retraso con la tasa de interés moratorio señalada por la Superintendencia Bancaria de Colombia para las obligaciones en pesos y con el 5% anual sobre la tasa primero en dólares de los Estados Unidos".

En subsidio de las dos pretensiones precedentes, pide la demanda que para los mismos efectos indemnizatorios, la condena se haga por la suma que, a juicio del Tribunal, "atendida la realidad procesal, la magnitud del daño y las circunstancias económicas y financieras del país, resulte suficiente para indemnizar íntegramente los perjuicios financieros sufridos por el contratista".

Finalmente, en la sexta de las pretensiones de su demanda, el Consorcio solicita que "para indemnizar al consorcio ICA-Termotécnica, por la tardía e ineficiente utilización del anticipo previsto en los contratos 5006,5078 y 5091 de 1989, se condena (sic) a la Empresa de Energía de Bogotá a pagarle la suma de un millón doscientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve dólares con 53/100 (US\$1.290.549.53) y ciento sesenta y siete millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos con 68/100 (\$167,495.821.68) o aquella que resulte probada en el proceso".

En todos los casos, la demanda pide que el valor determinado de la condena sea "traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha en que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el consorcio lo reciba

efectivamente, de acuerdo a los Índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto".

Fundamentos tácticos de las pretensiones.

Como sustento de las anteriores pretensiones, el consorcio demandante expone, en síntesis, que salvo el contrato número 5006, el cual no contiene estipulación alguna al respecto, las cláusulas sextas de los contratos 5078 y 5091 referentes a la forma de pago al contratista, contienen la previsión de un interés de mora a la tasa del 24% anual para las sumas pagaderas en pesos y del 7% anual para aquellas pagaderas en dólares de los Estados Unidos; que desde el comienzo mismo de las obras y prácticamente de manera constante e ininterrumpida hasta bien entrado el año de 1992, la Empresa demandada incumplió su obligación de pagar las actas de obra dentro de los plazos contractuales, actitud con la cual "convirtió al consorcio en su banquero permanente, obligándolo de hecho a financiar la obra hasta en muchos millones de dólares" pero sin que pudiera saberse por cuánto tiempo ni hasta qué monto llegaría el "abusivo y forzado empréstito"; que así las cosas, el consorcio demandante tuvo que acudir a fuentes de financiación más costosas y dañinas, tales como sobregiros, utilización de recursos externos con monetización ruinosa, crédito de proveedores sin descuentos, crédito extra-bancario. etc.; que la mora llegó a extremo tal que los recursos del consorcio se agotaron y la obra hubo de paralizarse; que el consorcio demandante en aras de solucionar tal estado de cosas, propuso a la Empresa la consecución por su cuenta y riesgo de un empréstito externo a fin de que se pudiese concluir la obra sin más traumatismos, esfuerzo que no cristalizó "por la dolorosa, inefable y acaso para siempre insuperable indecisión de la burocracia colombiana"; que la Empresa demandada no atendió o atendió con evasivas los permanentes reclamos del consorcio y pretendió, contrariamente a lo que la ley dispone, que los pagos que tardíamente hacia se imputaran primero a capital y luego a intereses, práctica que en el consorcio no halló eco, el cual continuó presentando sus cuentas con la adecuada imputación de sus pagos; que la Empresa se negó sistemáticamente a actualizar el monto de las actas de obra

hasta el mes inmediatamente anterior al del pago efectivo, como lo dispone el artículo 323 del Código Fiscal Distrital en armonía con el inciso final del artículo 86 del Decreto 222 de 1983; que la Empresa no ha pagado ni un solo centavo por intereses moratorios ni ha cubierto en forma alguna los cuantiosos perjuicios que con su conducta causó al consorcio por el grave incumplimiento de sus compromisos contractuales y, finalmente que la Empresa nunca ha negado su responsabilidad, aduciendo argumentos valederos a pesar de que en diversas oportunidades y actuaciones reconoció que el consorcio tenía claros derechos a una justa imputación de los pagos, a la actualización del capital de conformidad con el artículo 323 del Código Fiscal y a una tasa de interés reparatoria.

En cuanto a los anticipos concierne, sostiene la demanda del Consorcio que en las cláusulas sextas de los contratos 5006, 5078 y 5091 se pactó el pago de un 15% del valor estimado del contrato en calidad de anticipo, el cual sólo podría ser invertido, de acuerdo con el plan de inversiones debidamente aprobado por la Empresa, en la correspondiente obra; que el pago de los anticipos estaba sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, todas las cuales se cumplieron oportunamente por el consorcio; que el depósito de los anticipos en las cuentas del consorcio se hizo tardíamente, lo cual generó costos financieros que la Empresa demandada debe indemnizar; que por determinaciones de la interventoría de las obras, los anticipos dejaron de cumplir la función para la cual habían sido previstos y se convirtieron en un fondo para cubrir gastos ya efectuados, de manera que en vez de financiar al contratista con un anticipo, éste tuvo que financiar el anticipo; que la oficina de cambios del Banco de la República, decidió que gran parte de los gastos externos a los que los anticipos previstos en los contratos números 5006, y 5078 estaban destinados, principalmente los de adquisición en el exterior de maquinarias con destino a las obras, no procedían cambiariamente, lo cual forzó al consorcio a aceptar la recomendación formulada por la mencionada oficina de cambios en sentido de suscribir un oneroso contrato de "leasing" y, finalmente, que en cuanto al anticipo previsto en el contrato 5091, la Empresa tuvo problemas internos que determinaron una demora de 72 días en su pago y posterior monetización.

Alegaciones del consorcio.

Ya se resumieron en otro lugar del presente laudo, los fundamentos jurídicos invocados en la demanda del consorcio como soporte de sus pretensiones. El Tribunal indica, a continuación, los argumentos expuestos por su apoderado en el escrito que contiene el alegato de conclusión.

En dicha pieza, el señor apoderado del consorcio insiste en los planteamientos resumidos atrás. Con apoyo en la probanza oportunamente practicada, principalmente en la pericial y en la documental allegada y respaldado en abundantes citas jurisprudenciales, sostiene, en cuanto a las aspiraciones del consorcio en el sentido de que la Empresa de Energía de Bogotá sea condenada, a título de indemnización de los perjuicios financieros alegados por mora en el pago de actas de obra, que "la reparación que hemos propuesto en la demanda sin perjuicios de que los señores magistrados opten por escoger otra dentro de la libertad que les da la pretensión —tercera— segunda subsidiaria, es la de que al contratista se le debe reconocer las tasas contractuales del 24 y 7% para los contratos 5078 y 5091 y la misma tasa para el contrato 5006, dándole plena vigencia al artículo 323 del Código Fiscal y a la imputación de pagos que ordena la ley". Líneas más adelante agrega que "la jurisprudencia no deja duda: la administración morosa debe pagar intereses de mora de acuerdo a la ley mercantil. Lo que en el presente caso equivale a pagar las tasas contractuales imputando los pagos como ordena la ley y aplicando el artículo 323 del Código Fiscal".

Y en cuanto a los perjuicios en la sexta de las pretensiones de la demanda por la tardía e ineficiente utilización del anticipo, expresa que "cuando un contratista está frente a los poderes exorbitantes del Estado, su única defensa radica en que el Estado debe mantener el equilibrio económico del contrato. No se trata de cooperaciones suficientes o si llegó a obrar con dolo o con culpa. La sola demora en la entrega del anticipo frente a la exigencia de la entidad contratante de que se mantenga los plazos contractuales, rompe el equilibrio financiero del contrato, puesto que pone al contratista a financiar la etapa más importante del contrato" e invoca como precedente, la conducta seguida por la propia Empresa de Energía frente a otro contratista suyo en obras anteriores a las contratadas con el

consorcio demandante, también para la hidroeléctrica del Guavio, en donde "la Empresa aceptó pagar a tasas moratorias la demora en la entrega de los anticipos. Así fue como se comportó con otro contratista de! Guavio y así el consorcio confió siempre que obraría la Empresa en la solución de su justo reclamo. Eran otras épocas en las que los funcionarios públicos no temían tomar justas decisiones a favor de sus contratistas. Ahora le quedará al Honorable Tribunal la tarea que eludieron los encargados de cumplirla".

2. Posición de la Empresa

En el escrito de contestación a la demanda, el señor apoderado de la Empresa formula, en síntesis, los siguientes planteamientos:

Frente a las pretensiones del consorcio, que el Tribunal analiza ahora, expresa que la tercera pretensión debe ser negada y agrega que "si no se dio el pago tardío de las actas no puede condenarse a mi representada al pago de hipotéticos perjuicios financieros. En el mismo sentido se responden las subsidiarias primera y segunda". Y en cuanto concierne a la sexta de las pretensiones del consorcio, referente a los anticipos, expresa que ella debe ser negada y agrega que "la Empresa no incumplió con lo concerniente en cuanto al diligenciamiento del pago del anticipo; luego no hay lugar a indemnización alguna". Solicita, seguidamente, que se absuelva a su representada por todo concepto y en su lugar se condene en costas al consorcio demandante.

En cuanto a los fundamentos tácticos expuestos en la demanda, el apoderado de la Empresa demandada acepta la celebración de los contratos números 5006, 5078 y 5091, "a cuyo contenido y aplicación práctica debe estarse", admite que las cláusulas sextas de los contratos 5078 y 5091 contienen la previsión de un interés de mora del 24% anual en pesos y del 7% anual en dólares y que en el contrato 5006 no se incluyó esa previsión. Tal circunstancia, a su juicio, significa que el silencio de pacto al respecto implica que "no se quiso establecer compensación alguna en este punto". Niega algunos de los "hechos concernientes a la mora en los pagos de las actas de obra y en cuanto a los restantes dice sujetarse a lo que resulte probado; sostiene que la Empresa no tuvo injerencia

alguna en las relaciones del consorcio con terceros, para contestar así la afirmación de la demanda conforme a la cual el consorcio, demandante tuvo que acudir a fuentes de financiación más costosas.

Sostiene que si bien los contratos 5006,5078 y 5091 se suscribieron entre las partes enfrentadas en este proceso arbitral para desarrollar trabajos dentro de un gran proyecto, cada contrato tiene identidad, particularidad y desarrollo propios, en forma tal que las incidencias de cada uno no fueron de carácter genérico; invoca las cláusulas séptimas de cada uno de los mencionados contratos para deducir de ellas que "se estableció un mecanismo de reconocimiento de la Empresa al consorcio por los implementos de costos, mediante el aporte de las actas de obra"; y agrega que en la cláusula cuarenta de cada uno de los contratos se consagró la prevalencia del Código Fiscal Distrital, pero sólo en cuanto a sus normas imperativas.

En cuanto a la mora en los pagos de las actas de obra correspondientes a los contratos 5006,5078 y 5091, arguye que el Consorcio "no siempre presentó los informes requeridos y las cuentas en debida forma, hasta el punto de que hubo cuentas cuyo pago fue vetado por la revisoría fiscal de la Empresa", y que hubo casos en que el Consorcio "presentó las cuentas en forma tardía con relación a la vigencia presupuestal, habiéndose tenido que esperar al siguiente ejercicio. Aduce que los respectivos pagos estaban sujetos a las apropiaciones presupuestales, a las exigencias y condiciones de las cuentas y, particularmente, a la disponibilidad de recursos que provenían de un empréstito internacional "y, de consiguiente, a los términos, condiciones y reglamentaciones del crédito" las cuales eran conocidas por el Consorcio y previstas dentro de las contingencias contractuales. "El consorcio, resalta, recibió el pago de lo debido en la oportunidad exigible según la disponibilidad de la Empresa y las demás condiciones legales y contractuales".

Por lo que hace al tema de la imputación de los pagos, sostiene que la Empresa "siempre ha considerado que por razones constitucionales, legales, presupuestales y de uso reiterado, los pagos hechos se deben imputar primero a capital y luego a intereses", pues ella no puede hacer una imputación de pagos como la demandada por el consorcio toda vez que ello "implicaría una modi-

ficación de los pliegos licitatorios (ley del contrato) y una disposición de recursos a contrariedad de la destinación oficial del recurso", con lo cual se comprometería no sólo a la Empresa sino a sus funcionarios; agrega que en las últimas cuentas del consorcio no hubo claridad a este respecto y que tales intereses sólo se causan frente a una mora, es decir, frente a un incumplimiento tardío o defectuoso por causas dependientes exclusivamente del deudor.

Se opone a la actualización o corrección monetaria pedida en la demanda o "corrección sobre el resultado" porque, dice, la Empresa cumplió lo que le era exigible conforme a la ley y el contrato, porque no hay ni hubo mora y "porque toda reclamación que exceda lo convenido carece de fundamento jurídico".

Sostiene que la Empresa aplicó en todo momento el texto de la ley y de los contratos, no obstante lo cual, el 6 de marzo de 1992 las partes acordaron someter a un Tribunal de Arbitramento que dirimiera los conflictos surgidos en relación con los contratos, los cuales se reducen a las concernientes a la imputación de los pagos, la aplicación del artículo 323 del Código Fiscal Distrital y la entrega irregular de los anticipos, no obstante lo cual la demanda solicita "que el Tribunal se pronuncie sobre el valor presente de unas posibles condenas, cuestión que no estaba presente en lo acordado para las adiciones hechas a los contratos 5006, y 5078, como tampoco de los posibles perjuicios financieros ocasionados por el supuesto pago tardío en las actas de obra y del anticipo.

En su alegato de conclusión, el apoderado de la Empresa comienza por insistir en que las materias sujetas a arbitramento son tan sólo las suscitadas por la imputación de los pagos, la aplicación del artículo 323 del Código Fiscal del Distrito y la entrega de los anticipos. Bajo el título de "la limitación de la reparación", expresa que al existir un pacto convencional de intereses moratorios "en el hipotético evento de encontrarse algún incumplimiento de la Empresa, la indemnización de perjuicios se omite y concreta a los intereses estipulados"; agrega que para la época de celebración de los tres contratos, el artículo 884 del Código de Comercio se encontraba vigente y resultaba aplicable a la relación contractual por expreso mandato del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y, en consecuencia, las obligaciones mercantiles no generaban intereses de suyo y por

sí, siendo necesario un pacto accidental al respecto", de donde concluye que por no haberse pactado intereses en el contrato 5006, ellos no pueden generarse. Agrega que si, no obstante ello, se considerase que hay lugar al reconocimiento de intereses para los tres contratos, "la tasa de interés aplicable sería no la legal sino la convencional por tratarse de negocios jurídicos celebrados entre las mismas partes y respecto de un mismo objeto genérico (proyecto El Guavio)", con aplicación de los principios de interpretación de los contratos plasmados en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil. Reitera, por lo demás, los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda en relación con los temas concernientes al tardío desembolso de los anticipos y a la improcedencia de la actualización monetaria que la demanda deprecia.

3. Para resolver el tema planteado el Tribunal considera.

El tema de los intereses moratorios en los contratos que celebra la administración pública no ha sido pacífico en la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Es así como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al absolver consultas puntuales sobre la materia, ha sostenido en conceptos suyos, que como es bien sabido, no son obligatorias para el gobierno, posiciones diferentes casi que antagónicas, sobre el tema que se analiza. En efecto:

En concepto de fecha 3 de junio de 1977, el cual corre publicado en la revista Jurisprudencia y Doctrina, tomo VI, número 68, páginas 554 y siguientes, la Sala sostuvo, con un salvamento de voto, que fuera de las prerrogativas de poder público que los estatutos de contratación reconocen a las personas jurídicas de derecho público y del sometimiento a las limitaciones que dichos estatutos les imponen, la administración puede proceder en cuanto a la celebración de sus contratos, moviéndose dentro del campo que se le deja y que, por consiguiente, "si la ley no ha establecido para la administración la restricción de fijar esos intereses de mora, bien puede ella hacerlo. Es un aspecto de ese campo, como se ha dicho, en el que por no existir restricciones legales, como en otros, puede promoverse la administración en la celebración de sus contratos".

El salvamento de voto del entonces consejero Dr. Luis Carlos Sáchica, sostuvo, en síntesis, que no consideraba viable la estipulación de intereses mora-teños en un

contrato de obra pública celebrado por un establecimiento público del orden nacional, por no existir norma legal alguna que autorizara ese pacto, y que el Decreto Ley 150 de 1976, a la sazón vigente, regulaba íntegramente la materia, sin hacer remisión alguna a la legislación civil o comercial ordinaria para suplir sus vacíos, de donde resultaba "que la administración nacional carece de facultad para pactar esta clase de estipulaciones como también los establecimientos públicos, pues éstos están sujetos en sus contratos a las mismas reglas que los de la Nación".

Diez años más tarde, en concepto del 10 de agosto de 1987, publicado en el tomo CXIII de los Anales del Consejo de Estado, páginas 56 y siguientes, la citada Sala de Consulta y Servicio Civil, en vigencia ya el Decreto Ley 222 de 1983 y para absolver una consulta formulada por el ministro de Minas y Energía, manifestó enfáticamente que la ley no autoriza expresamente a las entidades públicas para pactar el reconocimiento y pago de intereses moratorios en favor de los contratistas particulares, no obstante lo cual éstos, ante el incumplimiento de la administración a sus compromisos contractuales, tienen el derecho de acudir ante las autoridades judiciales competentes en ejercicio de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo para obtener el resarcimiento de los perjuicios que la administración les hubiere causado. Se expresó así, en efecto la Sala de Consulta del Consejo de Estado:

"El pacto de intereses no pertenece a la naturaleza del contrato administrativo y, por ende, los mismos requieren de autorización expresa de la ley. Autorización que no existe en el régimen de contratación administrativa que nos rige". La administración no puede pactar su propio incumplimiento.

"Esta es una tesis que sirve de fundamento a la conclusión negativa respecto de la viabilidad de las cláusulas en las cuales la administración reconociera el pago de intereses moratorios. ¿Pero es tan rígida esta tesis como para excluir del principio de equidad que es regulador de la conducta de las partes, debiera servir de complemento al equilibrio financiero derivado del contrato mismo.

"No se trata ciertamente de excluir la equidad o desconocer su necesaria vigencia. Sino de admitir que ella constituye un principio de interpretación del derecho que sólo es deducible, con alcance y efectos jurídicos, por vía judicial.

"Si la administración incumple el contrato, total o parcialmente (y una de las formas de incumplimiento es retardando el pago oportuno de las cuotas pactadas, evento que genera dificultades financieras para el contratista particular e inclusive puede conducirlo a un estado de quiebra), las autoridades competentes de la rama jurisdiccional están en la obligación de establecer con fuerza de cosa juzgada las indemnizaciones o compensaciones a que tiene derecho la parte perjudicada, una vez ésta haya ejercido las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, una de las cuales es la especial de contratos (título XXVI, capítulo 11 del Decreto Ley 01 de 1984).

"Reconocidos mediante sentencia los derechos del contratista, habrá lugar entonces al reconocimiento y pago de intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del mencionado Código: la desviación por el Estado de sus deberes sociales, o la falla en la prestación de los servicios públicos (Constitución Política, artículo 16), genera la consiguiente responsabilidad, exigible ante las autoridades judiciales; de igual modo y ante las mismas autoridades, responden los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes.

Por lo demás, los contratos a que se refiere el estatuto contractual están sujetos al registro presupuestal (artículo 46 del Decreto Ley 222 de 1983), de manera que en el respectivo presupuesto de apropiaciones del año fiscal correspondiente deberán existir partidas a las cuales se pueda imputar el gasto que se proyecte realizar dentro de esa vigencia. Este precepto es desarrollo del artículo 210 de la Constitución, según el cual en la ley de apropiaciones no podrán incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido o a un gasto decretado conforme a ley anterior.

"El estricto cumplimiento de las disposiciones indicadas se vería alterado si la administración pactara el reconocimiento en favor del contratista particular de eventuales intereses moratorios, pues la ley no autoriza la constitución de reservas presupuestales para este caso especial".

La sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por el contrario, ha adoptado una posición diametralmente opuesta y es así como menciona el señor apoderado del Consorcio en su alegato de conclusión, ha sentado la siguiente jurisprudencia que el Tribunal extracta tomándola de la sentencia de fecha 13 de mayo de 1988 proferida dentro del expediente número 4303, actora: "Urbanizadora Villa Alicia Ltda."

"Lo anterior pone de presente una vez más la discrepancia que desde hace largo tiempo se viene planteando en la doctrina en torno a si la entidad pública contratante puede pactar intereses de mora en favor de los contratistas particulares en los contratos que celebra; y si se puede condenar al pago de los mismos en el evento en que el contrato guarde silencio a ese respecto.

"Para la Sala la respuesta a dichos interrogantes son afirmativas, tanto frente a los contratos administrativos como frente a los demás contratos que celebre la administración, con la salvedad de que esa condena no podrá exceder las tasas indicadas en la ley.

"Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (artículos 25 y ss del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (artículo 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, salvo disposición en contrario, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza.

"Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario de la regla de competencia (la administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado), el aspecto que podría calificarse como convencional, se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

"Así que nada se opone a que en un contrato administrativo, el de obra pública, celebrado ordinariamente con una sociedad comercial, se pacten intereses de

mora (no superiores a los permitidos en la ley, se entiende) ante el incumplimiento de la administración, o cláusulas de reajuste por el no pago oportuno de las actas parciales de obra. Esos intereses, que son usuales y de la naturaleza de los contratos que celebran los comerciantes, no son más que el efecto de las obligaciones contraídas; y en este campo la administración contratista no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley.

"Así, si no cumple oportunamente se presume que causó perjuicios al contratista y deberá indemnizarlo. Y si esto es lo que manda la ley, ¿que impide que se pacte expresamente dentro del contrato el monto de los intereses de mora, máxime cuando el convenio puede ser más favorable para la administración?

"Y los reajustes por no pago oportuno no buscan sino mantener el valor adquisitivo del peso en términos reales; o sea, pagar siempre lo que se debe.

"Nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil), así lo es el administrativo; que unos y otros deberán ejecutarse de buena fe (1603 ibídem); que en ambos se puede dar el evento de la mora en casos de incumplimiento o el enervamiento de sus efectos en los eventos del artículo 1609; que la indemnización de los perjuicios comprende por regla general, el daño emergente y el lucro cesante y se debe desde que el deudor esté constituido en mora.

"Estos principios operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes, de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo.

"Y si la administración contrata con una persona particular que al hacerlo está haciendo un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

"Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este Código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc."

La jurisprudencia arbitral también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto como pasa a verse. En efecto, el laudo arbitral proferido el 2 de septiembre de

1992 para dirimir las diferencias suscitadas en torno a un contrato administrativo de obra pública entre el consorcio Impregilo S.A y Estruco S. A. por una parte y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por la otra, dijo a propósito del tema que es objeto de análisis por este Tribunal, lo siguiente:

"Es evidente que una de las principales obligaciones que adquiere el ente contratante al celebrar un contrato, es la de pagar oportunamente sus obligaciones dinerarias y, por supuesto, su incumplimiento, su no satisfacción oportuna, genera consecuencias graves e injustas en la economía del contrato que afectaron al contratista. "Resulta pertinente observar cómo, en la actualidad y por causas diversas, las entidades públicas no cumplen oportunamente sus obligaciones dinerarias para con el contratista, sin que se tomen los correctivos necesarios para subsanar tan viciada práctica. En unas ocasiones, como es un hecho notorio y ampliamente conocido, la demora en los pagos proviene de la adopción de políticas monetarias del gobierno; en otras, porque los trámites burocráticos internos obstaculizan el cumplimiento de los términos; en otras más, simplemente porque las entidades públicas contratan sin suficiente respaldo económico para satisfacer el compromiso adquirido. Cualquiera que sea la causa, lo cierto es que los contratistas del Estado se ven permanentemente afectados por la conducta de las entidades públicas contratantes, padeciendo las consecuencias económicas perjudiciales que el no pago oportuno de sus derechos dinerarios produce.

"Y no es suficiente reparación económica el reconocimiento y pago de "ajustes" y/o "reajustes" de los valores incluidos en cada una de las cuentas de cobro, pues es bien sabido que con ellos se cubre la pérdida del poder adquisitivo del dinero, esto es, la actualización monetaria, entre la fecha en que debió hacerse el pago y aquella en la cual se realiza la cancelación de la cuenta, mas no los demás perjuicios que la mora en los pagos genera.

"Y también debe mencionarse que las cuentas por ajuste tampoco son satisfechas dentro de los plazos establecidos contractualmente, es decir, que igualmente sufren retrasos, en su cancelación, lo que, a su vez, genera desequilibrio y perjuicio, pues se pagan cifras de dinero envilecidas o afectadas nuevamente por el proceso inflacionario.

"Mucho es lo que se ha escrito por los doctrinantes y por la jurisprudencia sobre este tema, así como también son numerosas las críticas que se han formulado a esta práctica inveterada de la administración, en virtud de la cual se priva a los contratistas de un esencial derecho nacido de la ejecución del contrato. A estas justas observaciones se suma este Tribunal, haciendo énfasis en que solamente habrá paz contractual, cuando los entes administrativos comprometidos en el contrato comprendan que los derechos de sus contratantes son sagrados, y que deben respetarse íntegramente los compromisos adquiridos, muy especialmente sobre la oportunidad de los pagos, pues de una parte está el interés público representado por la entidad pública correspondiente y, de la otra, los legítimos derechos del contratista colaborador de la administración en el cumplimiento de sus cometidos estatales. No hay justificación valedera respecto de la conducta oficial, que no solamente acarrea aumentos excesivos en los costos del contrato, sino que, de contera, somete a la comunidad a participaren el pago de los yerros y las negligencias administrativas, sin que por tales hechos se sancione a los responsables".

Este Tribunal comparte íntegramente los planteamientos de la sección tercera del Consejo de Estado que se han dejado transcritos en los apartes anteriores y hace suyas, además, las razonables argumentaciones del laudo arbitral del 2 de septiembre de 1992.

Considera el Tribunal que el carácter de colaborador de la administración que evidentemente ostenta todo contratista suyo, le imprime al contrato administrativo en general y al de obra pública en especial, muy precisas y nítidas notas particulares que le dan especificidad, a punto tal que lo convierten en el contrato administrativo por excelencia.

En efecto, superadas ampliamente las concepciones estrictamente civilistas que colocaban a la administración pública contratante en un mismo pie de igualdad, en todos los aspectos de la relación, con los particulares y, por consiguiente, bajo la égida de los principios plasmados en los códigos civiles y de comercio con todas las consecuencias jurídicas que esa postura conllevaba, las posturas opuestas conforme a las cuales la mera presencia del Estado en una relación contractual

imponía el predominio absoluto de las normas y principios que regulan el funcionamiento del aparato estatal (primacía del ius imperi inaplicabilidad a priori de máximas y principios decantados a lo largo de siglos de civilización jurídica que se encuentran plasmados en normas contenidas en los códigos civiles de estirpe napoleónica), la moderna teoría de los contratos administrativos parece haber llegado a un justo punto de equilibrio: no se desconoce la presencia preeminente del Estado en los contratos que la administración pública celebra con miras a la prestación de los servicios públicos o a la construcción de las obras públicas que el mejor estar de la colectividad hace necesarios, y de allí que se admita no sólo la existencia del contrato administrativo dotado de notas y rasgos característicos" del poder público, tales como la sujeción a los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales por parte de las entidades públicas contratantes; a la inclusión en ellos de las llamadas cláusulas exorbitantes al derecho privado tales como la de caducidad administrativa e imposición unilateral de multas en caso de incumplimientos por parte del contratista particular; a la facultad de liquidar unilateralmente los contratos ya ejecutados, etc.

Pero al lado de esas claras manifestaciones de supremacía, propias de las prerrogativas del poder público, también se reconoce, que en lo concerniente a la fuerza vinculante del contrato, a su ejecución presidida por la buena fe de las partes, a la mora en caso de incumplimiento o a la paralización de los efectos del vínculo en los contratos bilaterales en caso de la exceptio non adimpleti contractus, son plenamente aplicables a los contratos administrativos los principios y normas consagrados, en cuanto al derecho colombiano se refiere, entre otros por los artículos 1602, 1603 y 1609 del Código Civil.

Y ello porque es preciso no olvidar, de una parte y en primer término, que no obstante la mencionada supremacía de la entidad pública contratante, el contratista de la administración es su colaborador necesario en el logro de los cometidos estatales. De otra parte y en segundo lugar, que la administración pública no tiene ni puede tener, tratándose del cumplimiento de sus compromisos contractuales, poderes o privilegios exorbitantes que le permitan desconocer las obligaciones a su cargo. Y finalmente, porque elementales razones de justicia y

equidad imponen que así como la administración pública puede hacer uso de sus prerrogativas de poder público para obligar al contratista remiso a cumplir con sus obligaciones, este último también ha de tener a su disposición las herramientas jurídicas que la ley contempla para hacer que la administración pública remisa o incumplida satisfaga las prestaciones a que se comprometió en virtud de nexo contractual válido.

Y si bien es cierto, como es unánime reconocido, que la rama jurisdiccional del poder público no puede obligar a la administración a cumplir un contrato que por especiales razones de interés público se haya hecho inconveniente o inoportuno, no lo es menos que en caso tal, el contratista tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que ese no cumplimiento pueda ocasionarle. De la misma manera, el contratista que no recibe, en la forma y tiempo debidos, la satisfacción de las prestaciones a que la administración se obligó en virtud de un contrato legal y válidamente celebrado, ha de tener derecho a obtener el resarcimiento integral de los perjuicios que tal incumplimiento o cumplimiento tardío pueda haberle ocasionado, pues donde existe la misma razón ha de aplicarse idéntica solución. Más ello no es todo; la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legal apunta indudablemente a volver por los fueros del equilibrio contractual y, por ende, a garantizar al contratista colaborador de la administración, sus derechos contractuales.

En efecto, frente al reconocimiento generalizado de los poderes o facultades exorbitantes de la administración, se ha venido levantando con enorme fuerza y significado, la teoría conocida con el nombre del Equilibrio Financiero del Contrato, que abre el paso al resarcimiento de los derechos del contratista particular cuando quiera que por actos o hechos vinculados a la ejecución del contrato o relacionados con ella, provenientes de la administración o incluso ajenos a las partes, el contratista ve afectada la ecuación económica, la utilidad que previo al contratar y sobre cuya base pactó. Vale decir, cuando sufre alteraciones que menoscaban dicho equilibrio.

Obra pretoriana de la jurisprudencia francesa, el principio de la ecuación o Equilibrio Financiero del contrato ha sido acogido por el Consejo de Estado colombiano en múltiples oportunidades. Así, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 11 de marzo de 1972 dijo esa alta corporación:

"La facultad del poder público para modificar unilateralmente las situaciones legales o reglamentarias no significa que en el contrato administrativo el particular esté a merced de la administración y el interés privado no encuentre amparo legal suficiente.

Por el contrario, si el régimen jurídico del contrato administrativo impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que éste requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios Jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones.

"La teoría Jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonablemente armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa e indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.

"El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de, una parte afirma la existencia a favor de la administración, de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que, se expresa realmente la existencia del contrato" (anales del Consejo de Estado, tomo LXXXII, página 52).

También la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto. Así, para citar tan sólo un ejemplo, en sentencia de 4 de septiembre de 1986, dijo:

"El contratista de obras públicas es un colaborador de la administración en la medida en que le ayude al Estado a cumplir sus cometidos mediante la construcción de las obras necesarias para atender a la comunidad. Por esta razón, el régimen de contratación está inspirado en unos principios que, a veces son diferentes de los que informan el régimen contractual privado. Uno de ellos es el del equilibrio financiero o ecuación económica, consistente en que debe existir relativa equivalencia entre lo que el Estado recibe y lo que paga por las obras que contrata. No sólo en el estatuto vigente (Decreto 222 de 1983) sino en las normas anteriores (Decreto 150 de 1976, Ley 4S de 1964, etc.), ese principio tuvo consagración positiva" (anales de Consejo de Estado, tomo CXI, páginas 757, 758).

Dentro de ese mismo orden de ideas discurre la doctrina nacional y extranjera, de manera prácticamente unánime (Enrique Sayagües Lasso, "Tratado de Derecho Administrativo", 2 edición, Martín Bianchi Aftuna, Montevideo, 1959, páginas 570-571; Miguel Ángel Bercaitz. "Teoría General de los Contratos Administrativos", 2 edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, página 442; Miguel S. Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", editorial Abeledo-Perroí, Buenos Aires, 1966, tomo III-A, página 469; Héctor Jorge Escola, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1977, páginas 442-443).

No puede el Tribunal en el análisis del tema dejar de lado la Ley 80 del 28 de octubre de 1993" por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública", así su promulgación haya sido muy posterior a la celebración y ejecución de los contratos que han dado origen al litigio sobre el cual versa el presente proceso arbitral, pues varios de sus preceptos dieron acogida explícita al principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

Así por ejemplo, los ordinales 3 y 8 del artículo 4 que regula "los derechos y deberes de las entidades estatales", expresan que;

"Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

"ordinal 3 : Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato".

"Ordinal 8: Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos e hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

"Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios se aplicará la tasa equivalente al doble del interés civil."

Y en el numeral 1 del artículo 5, que trata de los derechos y deberes de los contratistas, dispuso que:

"1. Para la realización de los fines de que trata el artículo 5 esta ley, los contratistas: Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

"En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

"De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

"Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses. si a ello hubiere lugar ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".

Dijo al respecto la exposición de motivo gubernamental que acompañó al proyecto de ley que se convirtió en la Ley 80 de 1993:

"Si bien el rol del particular cuando celebra un contrato estatal es el de colaborador, también es incuestionable su deseo de alcanzar una utilidad económica. Utilidad que debe preservarse y garantizarse en todo momento. Por eso, el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene el derecho a ser restablecido en su interés económico. Precisamente el cabal reconocimiento de esa posibilidad se ha denominado el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

"Pues bien, el proyecto de ley recoge y consagra en forma expresa ese derecho fundamental e inviolable del contratista (artículo 5ª numeral 1ª; artículo 27).

"En relación con el reconocimiento de intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato, se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento de que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas. (Tomado de Gustavo Humberto Rodríguez: "Nuevos Contratos Estatales", Editorial Jurídica Wilches, Bogotá, 1994, páginas 73-75).

Demostrada, como ha quedado a Juicio del Tribunal, la amplia justificación doctrinaria y jurisprudencial al reconocimiento de los intereses moratorios en favor del contratista particular en caso de que la entidad pública contratante no cumpla, dentro de los plazos acordados en el contrato, con sus compromisos pecuniarios, se detiene ahora el Tribunal en el tema relativo a la determinación de cuál ha de ser la tasa que debe tomarse en cuenta para la liquidación de tales intereses, para

analizar después, frente a lo alegado y probado dentro del presente proceso, cuál o cuáles fueron las cuentas pagadas con mora, la duración de la misma y el monto o montos de las sumas correspondientes, toda vez que en otro aparte del presente laudo se ha ocupado el Tribunal del tema relativo al incumplimiento por mora.

Tasa de los intereses moratorios. Como resulta de la transcripción de las pretensiones del consorcio demandante relativas al reconocimiento y pago de intereses moratorios, de la contestación de la demanda en relación con este preciso punto y de las alegaciones de las partes enfrentadas dentro del presente proceso arbitral y, fundamentalmente, del texto mismo de los contratos 5006,5078 y 5091, en el primero de los mencionados contratos no se pactó expresamente el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de la Empresa y a favor del consorcio contratista, al paso que en los contratos 5078 y 5091 la situación es diferente, pues en las cláusulas sextas de estos últimos se pactó al respecto lo siguiente:

Forma de pago. La Empresa pagará al contratista la ejecución de las obras objeto del presente contrato, según se estipula a continuación: Se sobre entiende que la única responsabilidad de la Empresa en caso de retraso en los pagos será el pago de los intereses de mora y el contratista se abstendrá de presentar cualquier reclamo y de solicitar extensiones de plazo o ajustes adicionales o modificaciones a los precios del contrato. Los intereses se calcularán de la siguiente manera: 1. En caso de facturas o cuentas de cobro presentadas en pesos, el cálculo se efectuará de la siguiente manera: A partir del monto en pesos de la factura o cuenta mencionada se liquidará el valor de los intereses de mora a ser reconocidos proporcionalmente a los días transcurridos a partir del día sesenta y uno (61) dispuesto para el pago y hasta la fecha de orden de pago de dicha factura o cuenta de cobro a una tasa de interés anual del veinticuatro por ciento (24%) nominal. 2. En caso de facturas o cuentas de cobro presentadas en dólares de los Estados Unidos, el cálculo se efectuará de la siguiente manera: A partir del monto calculado en dólares americanos de la factura o cuenta mencionada se liquidará el valor de los intereses de mora a ser reconocidos proporcionalmente a

los días transcurridos a partir del día sesenta y uno (61) dispuesto para el pago y hasta la fecha de la orden de pago de dicha factura o cuenta de cobro, a una tasa de interés anual del siete por ciento (7%) nominal. 3. Para efectos del reconocimiento de los intereses de mora la moneda de pago será única y exclusivamente el peso colombiano.

Estima el Tribunal, como consecuencia de las consideraciones expuestas anteriormente sobre la procedencia de los intereses moratorios en todo contrato administrativo, que el silencio que sobre el particular se guardó en el contrato número 5006 de 1989 carece de toda trascendencia. Como lo tiene aceptado la jurisprudencia y lo reitera ahora el Tribunal, no sólo es posible y lícito el pacto de intereses moratorios en favor de los contratistas particulares en los contratos que la administración celebra, sino que es posible condenar a la entidad contratos 5006, 5078 y 5091, en el primero de los mencionados contratos no se pactó expresamente el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de la Empresa y a favor del consorcio contratista, al paso que en los contratos 5078 y 5091 la situación es diferente, pues en las cláusulas sextas de estos últimos se pactó al respecto lo siguiente:

Forma de pago. La Empresa pagará al contratista la ejecución de las obras objeto del presente contrato, según se estipula a continuación: Se sobre entiende que la única responsabilidad de la Empresa en caso de retraso en los pagos será el pago de los intereses de mora y el contratista se abstendrá de presentar cualquier reclamo y de solicitar extensiones de plazo o ajustes adicionales o modificaciones a los precios del contrato. Los intereses se calcularán de la siguiente manera: 1. En caso de facturas o cuentas de cobro presentadas en pesos, el cálculo se efectuará de la siguiente manera: A partir del monto en pesos de la factura o cuenta mencionada se liquidará el valor de los intereses de mora a ser reconocidos proporcionalmente a los días transcurridos a partir del día sesenta y uno (61) dispuesto para el pago y hasta la fecha de orden de pago de dicha factura o cuenta de cobro a una tasa de interés anual del veinticuatro por ciento (24%) nominal. 2. En caso de facturas o cuentas de cobro presentadas en dólares de los Estados Unidos, el cálculo se efectuará de la siguiente manera: A partir del

monto calculado en dólares americanos de la factura o cuenta mencionada se liquidará el valor de los intereses de mora a ser reconocidos proporcionalmente a los días transcurridos a partir del día sesenta y uno (61) dispuesto para el pago y hasta la fecha de la orden de pago de dicha factura o cuenta de cobro, a una tasa de interés anual del siete por ciento (7%) nominal. 3. Para efectos del reconocimiento de los intereses de mora la moneda de pago será única y exclusivamente el peso colombiano.

Estima el Tribunal, como consecuencia de las consideraciones expuestas anteriormente sobre la procedencia de los intereses moratorios en todo contrato administrativo, que el silencio que sobre el particular se guardó en el contrato número 5006 de 1989 carece de toda trascendencia. Como lo tiene aceptado la jurisprudencia y lo reitera ahora el Tribunal, no sólo es posible y lícito el pacto de intereses moratorios en favor de los contratistas particulares en los contratos que la administración celebra, sino que es posible condenar a la entidad contratante al pago de tales intereses en el evento de que el contrato guarde silencio sobre ese particular y siempre, claro está, que se den los supuestos legales que configuran la mora del deudor y que la respectiva condena no exceda las tasas permitidas por la ley.

De otra parte, estima el Tribunal ante el anotado silencio, que al contrato 5006 de 1989 en cuanto a intereses se refiere, le son aplicables las previsiones que al respecto contienen los contratos 5078 y 5091, en virtud de la regla interpretativa contenida en el inciso segundo del artículo 1622 del Código Civil, conforme a la cual las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia, supuestos que en el presente caso se dan íntegramente.

No escapa al Tribunal la circunstancia de que el contrato en que no se pactaron intereses el 5006 fue en el tiempo el primero, de los tres sobre los cuales gira la controversia. Sin embargo, considera que es esa una circunstancia puramente accidental frente a lo que dispone el artículo T622 del Código Civil, de cuya literatura se deduce que lo que allí se establece es una especie de aplicación analógica a un determinado contrato de lo que en otras convenciones hayan

acordado las mismas partes y sobre la misma materia, sin que la cronología de los pactos tenga ninguna incidencia, pues esa puntual circunstancia no es tomada en cuenta, en forma alguna, por el mencionado precepto. Lo verdaderamente importante ajuicio del Tribunal, es entonces, la manifestación de la voluntad de las partes que fluya de los diversos contratos entre ellas celebrados. En ese orden de ideas, el Tribunal encuentra que, evidentemente, el querer de las partes fue el de pactar intereses moratorios del 24% anual para pagos en pesos colombianos y del 7% anual para pagos en dólares.

En cuanto a los contratos números 5078 y 5091 la situación es obviamente, más clara: se atenderá el Tribunal al pacto contractual en obediencia al mandato contenido en el artículo 1602 del Código Civil conforme al cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por otra parte, el Tribunal considera pertinente precisar que no podrá dar aplicación en el sub lite al segundo inciso del numeral 8ª del artículo 4ª de la Ley 80 de 1993 conforme a cuyos términos "en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado", toda vez que el contrato 5006 de 1989 se celebró y ejecutó totalmente bajo el imperio de la legislación anterior, lo que implica que aplicar en este caso la norma en cuestión, llevaría a imprimirle un inaceptable efecto retroactivo, no previsto expresamente por esa ni por ninguna otra norma de la Ley 80 de 1993, cuya vigencia en este específico punto se inició a partir del 1 de enero del año en curso, como sin esfuerzo se deduce del contenido del artículo 81 de la citada ley.

Así las cosas, el Tribunal considera que las tasas de interés moratorio aplicables a los tres contratos alrededor de los cuales gira la controversia que es objeto del presente proceso arbitral, son las pactadas por las partes en los contratos 5078 y 5091 de 1989, esto es, del veinticuatro por ciento (24%) anual nominal para los pagos que la Empresa demandada debía hacer al consorcio demandante en pesos colombianos y del siete por ciento (7%) anual nominal para aquellos pagos que la Empresa debía efectuar en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

No sobra anotar de una parte, que tal solución es, evidentemente, más favorable para la Empresa, que la acogida por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el mencionado fallo de 13 de mayo de 1988, pues en esa decisión aquella alta corporación sostuvo que los intereses moratorios a que el contratista tenía derecho eran los dispuestos en el artículo 884 del Código de Comercio, jurisprudencia que el Tribunal no aplica en el presente caso por las razones que acaban de expresarse, derivadas como se ha dicho de lo dispuesto por los artículos 1602 y 1622 del Código Civil. Y de otra parte, que la indicada solución tampoco sacrifica derecho alguno del Consorcio demandante, toda vez que él consintió libremente, en ejercicio pleno y válido de su autonomía contractual, lo pactado en las cláusulas sextas de los contratos 5078 y 5091 de 1989.

Las cuentas pagadas con mora. Ya ha quedado establecido en otro lugar del presente laudo arbitral y de acuerdo con lo expresado en la prueba pericial a cargo de los doctores Neira Archila y Torres Lozano, cuántas cuentas de las presentadas por distintos conceptos de los previstos en los tres contratos, fueron pagadas por la Empresa al consorcio con mora. Ahora tan sólo es preciso individualizarlas para determinar, en cada caso, el período de la mora y los correspondientes intereses moratorios.

Del dictamen de los señores peritos, doctores Luis Carlos Neira Archila y Jorge Torres Lozano, se deduce con claridad, precisión y exactitud las moras en que incurrió la Empresa en la cancelación de las sumas a su cargo y a favor del Consorcio por concepto de actas de obra básica, actas de obra básica adicional, actas de obras extras, y los ajustes de las anteriores actas, pagaderas tanto en pesos colombianos como en dólares de los Estados Unidos. Tales moras aparecen discriminadas en el cuadro que el Tribunal incluye más adelante y que representaba exactamente la situación y que es fruto, además, del estudio ponderado que los mencionados peritos hicieron con base en exámenes de los libros de contabilidad pertinentes, tanto del Consorcio como de la Empresa, que personalmente practicaron.

El tema de la imputación de los pagos.

Sea lo primero dejar sentado de una vez que es esta otra de las materias en relación con las cuales no existen ni pueden existir privilegios exorbitantes al derecho privado en favor de la administración. Su régimen, en consecuencia, es el contenido en las disposiciones contenidas en el Código Civil (artículos 1653 A 1655) y en el Código de Comercio (artículo 881).

Además, y para responder así los argumentos de la Empresa, anota el Tribunal que el hecho de que en todo contrato que la administración celebre sea administrativo o de derecho privado de la administración según la distinción que imperó hasta la expedición de la Ley 80 de 1993 deba estipularse la sujeción de su cuantía y pagos a las apropiaciones presupuéstales, no puede significar en forma alguna que la administración contratante esté exonerada de pagar indemnización alguna en caso de ser encontrada morosa en el cumplimiento de sus compromisos contractuales, pues como ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia del Consejo de Estado, semejante interpretación conduciría a admitir que una de las partes gozaría del más exorbitante de todos los privilegios: el de incumplir sin sanción alguna, privilegio que no existe ni puede existir en el derecho colombiano. Como lo tiene definido la doctrina, la imputación del pago es una declaración de voluntad en virtud de la cual se manifiesta que con un determinado pago se quiere extinguir una de dos o más obligaciones de idéntica naturaleza que un deudor tenga para con un mismo acreedor. Tal declaración de voluntad que puede ser expresa o tácita. sólo es relevante en caso de que el deudor esté obligado por más de una deuda, pues de otra suerte la imputación carece de sentido, en la medida en que no hay elección posible (Colmo, Alfredo, "De las Obligaciones en General", Buenos Aires, 1928, página 468).

Supone, además, que las obligaciones existan en relación con un mismo acreedor y que sean de idéntica naturaleza, de género, y en especial de pagar sumas de dinero, ya que resulta difícil concebir la imputación de una suma de dinero a una obligación de dar cosas, a una de hacer o de no hacer, ni es fácil imaginar un prorrateo entre obligaciones heterogéneas. Por ello, "cuando lo pagado es el cuerpo cierto debido, o el hecho o la abstención determinados que constituye el objeto de una obligación, es obvio que el cumplimiento de tales prestaciones ha de

tenerse como ejecutado para solucionar dicha obligación y no otra u otras a cargo del deudor", como apunta Guillermo Ospina Fernández.

Tratándose de obligaciones de género, como la de pagar una suma de dinero que tiene accesorios de la misma clase del principal, surge entonces el problema de establecer si la suma pagada se imputa primeramente a los accesorios (los intereses) o al capital, o inversamente. La complicación sube de grado cuando en favor del mismo acreedor y a cargo del mismo deudor existen dos o más obligaciones de género que versen sobre cosas de la misma clase, pues en tal caso se hace preciso determinar a cuál de las diversas obligaciones ha de imputarse al pago que se reciba a efectos de declararla total o parcialmente solucionada y definir, en consecuencia, el estado o situación en que han de quedar las restantes obligaciones.

Para resolver estos problemas, el Código Civil establece varias reglas, todas ellas supletivas de la voluntad de las partes, lo cual significa que en la materia ha de estarse primero a lo que las partes hayan convenido al respecto. Sólo ante el silencio de las partes o en caso de que su voluntad se haya manifestado en forma oscura o incompleta, cobran aplicabilidad las referidas normas.

El Tribunal observa que en el clausulado de los contratos 5006,5078 y 5091 nada se expresó por las partes en relación con la forma en que debía precederse en caso de imputación de pagos. Por consiguiente, se está justamente ante la hipótesis que abre paso a las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre imputación del pago.

Dispone el artículo 1653 del Código Civil que "si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute a capital". En otros términos, es sobre el deudor en quien recae la facultad de imputar el pago, y debe hacerlo abonando primero a los intereses y luego a capital, a menos que el acreedor manifieste expresamente su voluntad en el sentido de que el pago que le haga su deudor se impute primero a capital y luego a los intereses. A falta, pues, de manifestación expresa del acreedor, ha de entenderse que su voluntad tácita es la de que el pago se impute en primer lugar a intereses y luego a capital, principio que tiene plena

correspondencia y armonía con aquel otro conforme al cual el deudor salvo que medie convención en contrario no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, y que el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban (Código Civil, artículo 1649). Y de conformidad con el artículo 1654 del mismo Código, el deudor sólo puede hacer la imputación del pago a la deuda que elija cuando haya diferentes deudas, mas, si no media consentimiento del acreedor, no podrá el deudor imputar el pago a la deuda no vencida o devengada de preferencia a la que ya lo está.

Mas, si bien es cierto que en materia de imputación de pagos a varias deudas exigibles la primera opción o escogencia de la deuda a la cual se aplique un pago que haga el deudor corresponde a éste, esa libertad de elección está supeditada a que el pago solucione íntegramente la deuda a la cual se impute el pago. tanto por capital como por intereses devengados. Si ese requisito no se cumple, el deudor pierde su derecho a imputar el pago.

Tal entendimiento de las normas del Código Civil que se dejan mencionadas es acogido de manera prácticamente unánime por la más autorizada doctrina nacional (Cfr. Fernando Vélez, "Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano", 2ª edición, Imprenta Parts-América, 1926, tomo VI, páginas 279-280; Guillermo Ospina Fernández, op. cit, página 373; Alvaro Pérez Vives "Teoría General de las Obligaciones", volumen III, parte segunda, Temis, Bogotá, 1955, páginas 371-372; Fernando Hinestrosa, Conferencias de Obligaciones, Edición en Mimeógrafo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964. páginas 63y64).

Es preciso considerar, de otra parte, que el artículo 881 del Código de Comercio, al regular el tema de la imputación adopta un criterio distinto al que inspira las soluciones del Código Civil. En efecto, el estatuto mercantil disciplina, la imputación del pago fundamentalmente con base en las garantías reales o personales que tengan las deudas, para reconocer al deudor, en principio, la facultad de hacer la imputación, mas no le permite escoger la deuda exigible que tenga garantía real o personal sin que medie el consentimiento del acreedor. De otro lado, reconocer al acreedor de varios créditos exigibles provistos de garantía

específica, la facultad de imputar el pago a la deuda que le ofrezca menores garantías. Todo ello, valga aclararlo, salvo que medie estipulación en contrario.

Pero se abstiene el Código de Comercio de entrar en más detalles. No regula, a diferencia de lo que hace el Código Civil, la manera de proceder cuando se deben principal e intereses, ni cómo proceder cuando se está en presencia de diferentes deudas, una de las cuales está devengada y las otras no, etc. Hipótesis todas en las que, por consiguiente, y así se trate de asuntos entre comerciantes, habrá que acudir a las normas del Código Civil si es que las partes no han regulado expresamente el punto (Código de Comercio artículos 11^a, 2, 4).

En el caso que ocupa la atención del Tribunal no está presente el elemento garantía específica, pues es incontrovertible que las deudas de la Empresa para con el Consorcio no tuvieron ni tienen ese tipo de respaldo. Se trata entonces, de deudas exigibles, sin garantía, en cuyo caso el mencionado artículo 881 dispone que "puede el deudor imputar el pago a la (deuda) que elija. "Pero en lo demás y, particularmente, en lo concerniente al orden de preferencia para hacer la imputación del pago (primero a intereses y luego a capital, salvo consentimiento expreso del acreedor en contrario), deberán aplicarse según queda visto, las normas del Código Civil al respecto).

Según se desprende del dictamen pericial rendido por los doctores Neira Archila y Torres Lozano, la Empresa no efectuó en la forma prescrita por la ley civil, la imputación de los pagos que hizo al consorcio, pues siempre imputó primero a capital sin que el consorcio acreedor hubiese consentido expresamente en ello. Por consiguiente, el Tribunal accederá la petición que sobre el particular formuló el consorcio.

En su momento, tanto en el punto relacionado con el tema de los anticipos, como en el relativo al pago retardado de las actas por obra ejecutada, el Tribunal hizo suyas las consideraciones y las conclusiones a las que llegaron los señores peritos en sus respectivos dictámenes, en materia de cuantías y de cifras. Por lo tanto, en materia de la mora en el pago de los anticipos el Tribunal acogió los planteamientos de los peritos Dávila Ortiz y Ramírez Koppel acerca de los plazos de extensión de dichas moras y del quantum de cada una de las mismas. Y, por el

lado de los retrasos de los pagos de las actas de obra acogió íntegramente los términos de mora establecidos por los peritos Torres Lozano y Neira Archila, las cantidades debidas y pagadas en cada caso, la forma en que se hizo la imputación de los pagos por la Empresa, y aquella como debió hacerse y, en especial, la circunstancia de que los saldos insolutos corresponden íntegramente a capital.

Así las cosas, el Tribunal aceptó como tasa de interés moratorio, durante la ejecución del contrato, la del 24% anual acordada por las partes para las sumas en pesos y la del 7% anual que ellas convinieron para las sumas en dólares.

Este cálculo inicial ha arrojado en uno y otros casos los valores que en los cuadros que se presentan a continuación se han denominado capital debido (en el cuadro relativo a los anticipos), y, valor histórico, (en el cuadro relativo a las actas de obra ejecutada).

Las cifras así obtenidas fueron luego actualizadas hasta el 31 de julio de 1994, con aplicación de los índices de precios al consumidor (IPC) certificados por el DANE (en promedio el 24% aproximadamente), para compensar la depreciación correspondiente a la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Además, ellas se han incrementado con los correspondientes intereses legales, a la tasa del 6% anual, según lo dispuesto en el artículo 1617 del Código Civil, que tradicionalmente ha sido considerada como el interés puro, que ordinariamente produce un capital. En esta materia el Tribunal no acoge la pretensión del Consorcio, en el sentido de adicionar las sumas ya actualizadas con un interés a la tasa comercial corriente o moratoria, pues parte de la base bien conocida de que estas últimas tanto la una como la otra traen ya incorporado el factor de actualización o de compensación por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. La alternativa, ajuicio del Tribunal, conduciría al doble pago de un mismo concepto.

Por lo que respecta a las cifras debidas en dólares, el Tribunal ha considerado que los respectivos valores históricos o capital debido, según el caso, deben traerse al 31 de julio de 1994 a base tan sólo de la aplicación de la tasa de interés pactada del 7%. Ello, teniendo en cuenta que en cuanto tasa de interés en dólares ella involucra de suyo, tanto el componente relativo al interés puro en dicha moneda,

como el que corresponde a la pérdida de valor adquisitivo. En síntesis, pues, los cuadros que se presentan a continuación, señalan, en cada caso, las cifras debidas a su valor histórico, su actualización a 31 de enero de 1994 y los intereses calculados a la misma fecha, a una tasa del 6% anual. En cada caso se señala el cuadro correspondiente del dictamen y sus aclaraciones.

En ellos, se utiliza la tasa de interés legal o interés puro del 6% anual, por cuanto los intereses comerciales llevan incluida la corrección monetaria que aquí se está calculando en forma independiente, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

Excepciones de mérito propuestas por la empresa

Analizadas por el Tribunal las cuestiones sometidas a su conocimiento y fallo por parte del Consorcio demandante, procede ahora a resolver sobre excepciones de mérito formuladas por la Empresa en su escrito de contestación de la demanda, agrupándolas según la identidad de los hechos probados que les sirven de base:

1. "Pago de la obligación" "Inexistencia de la mora"

El Tribunal entiende que estos hechos extintivos alegados, se refieren a las obligaciones a cargo de la entidad contratante que son materia de controversia, es decir, al cumplimiento oportuno en el pago de los anticipos y en el pago de las actas de obra ejecutadas según los plazos y cantidades acordados en cada contrato. Luego del detenido examen sobre los aspectos mencionados y sus pruebas, realizado por el Tribunal al analizar las pretensiones del consorcio, es obvio concluir que no todas las obligaciones de pago a cargo de la Empresa fueron cumplidas en el tiempo acordado. Al estudiar las tres condiciones de la mora (retardo, culpabilidad y reconvención) el Tribunal adquirió la certeza de que gran parte de los pagos de las cantidades debidas, por razón de anticipos y de actas de obra, tanto en pesos como en dólares, fueron canceladas con mora. Tal

como quedó expuesto, la Empresa deberá pagar al consorcio por concepto de tales demoras, las cantidades que se dejan establecidas en la parte resolutive de esta providencia. Por consiguiente, no prosperarán estas excepciones.

2. Inexistencia del incumplimiento "grave" y "reiterado"

Como consecuencia lógica de todo lo expuesto a lo largo de las consideraciones de este laudo, es preciso concluir, que si existió incumplimiento de la Empresa. Los calificativos de "grave" y "reiterado" que los señores apoderados de las partes, tanto en el texto de la pretensión primera como en el de la excepción en estudio, solicitan que declare este Tribunal, no inciden en forma alguna en la indemnización de perjuicios, que a cargo de la Empresa y a favor del consorcio impondrá este fallo. Al analizar el incumplimiento por mora, como hecho que sirve de fundamento a la pretensión primera de la demanda, este Tribunal expuso ampliamente la irrelevancia de tales adjetivos calificativos. Por tanto, no prosperará esta excepción.

3. "Imposibilidad obligatoria" "Fuerza mayor o caso fortuito"

Estas tres circunstancias que impiden el cumplimiento de las obligaciones, o justifican su incumplimiento, fueron estudiadas por el Tribunal, lo mismo que la imprevisibilidad e irresistibilidad que se requieren para configurar los elementos eximentes de responsabilidad, que no son otros que los exigidos por el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890.

Tal como atrás quedó indicado por el Tribunal, no existe hecho alguno probado que conforme, la también llamada por el apoderado de la Empresa, "imposibilidad sobreviniente" y, menos aún, la fuerza mayor o el caso fortuito. Por consiguiente, no prosperarán estas excepciones.

4. "Intervención exclusiva de un tercero". "Sujeción a las reglamentaciones legales y gubernamentales respecto de las operaciones de comercio exterior".

Aunque el excepcionante no señala los hechos en que se fundamentan estos otros eximentes de responsabilidad, ni indica hacia cual de las pretensiones apuntan, es deber del juez, conforme con lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, reconocer en la sentencia las excepciones, al hallar probados los hechos que las constituyan.

Al analizar el Tribunal "la incidencia de las actuaciones cumplidas ante la oficina de cambios del Banco de la República" por razón de la pretensión relativa a los sobrecostos en que incurrió el consorcio, por concepto de los contratos de leasing internacional para la compra de maquinaria, y considerar que tales hechos no se encuadran en la teoría de! Hecho del Príncipe, dedujo que la indemnización que solicita el Consorcio por dicho concepto, no puede serle imputada a la Empresa. Aunque efectivamente aparece demostrada la existencia de tales sobrecostos, ellos se deben a la analizada intervención del Banco de la República, que, como ya se dijo no puede ser materia de este proceso. Con base en estas consideraciones estas excepciones están llamadas a prosperar.

5. "Sujeción a los términos, condiciones y reglamentaciones de referencia o reenvío al BID respecto de los reembolsos"

Ha sido enfático el Tribunal en el presente laudo al resaltar el carácter obligatorio que las estipulaciones contractuales tienen para la administración; esto, sin desconocer la supremacía del Estado, pero teniendo siempre presente la ejecución contractual presidida por la buena fe de los contratantes y la absoluta aplicación a los contratos administrativos de los principios consagrados por el Código Civil para el incumplimiento por mora, excepción de contrato no cumplido, etc. Es por este predicado equilibrio contractual, que el hecho alegado por la Empresa, que se analiza, no puede tener cabida para enervar las pretensiones del Consorcio.

6. "Petición indebida. Culpa de la provocante o aceptación por conducta concluyente"

No encuentra el Tribunal asidero alguno, de naturaleza legal o fáctica que sustente estas denominadas excepciones de mérito. Es propio de nuestro ordenamiento jurídico procesal la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos perseguidos (artículo 177 Código de Procedimiento Civil). Por tales razones, no prosperarán estas excepciones.

7. "Improcedencia de "corrección monetaria" o de "valor presente". "Improcedencia de intereses moratorios"

El Tribunal al decidir las pretensiones relacionadas con los temas de indemnización por mora y actualización, dejó clara su posición referente a la indudable necesidad del resarcimiento completo por el perjuicio sufrido. Así, condenará en esta providencia, al pago de las sumas debidas por la Empresa al consorcio por razón de las demoras en los pagos de los anticipos y en las de las actas de obra ejecutada, según las cifras señaladas, actualizadas conforme con los índices del DANE más el 6% del interés legal. Por las razones atrás expuestas, no se concede al Consorcio la actualización monetaria en la forma solicitada, ni la aplicación de la tasa de intereses moratorios señalada en la demanda. En consecuencia, prosperan parcialmente las excepciones formuladas.

Con base en las consideraciones anteriores quedan despachadas todas las excepciones propuestas y no encuentra el Tribunal ningún otro hecho probado que conduzca a extinguir, impedir o modificar las pretensiones tales como han prosperado y pueda encuadrarse en la que el señor apoderado de la Empresa, denomina "excepción genérica".

VIII. COSTAS

Como queda visto, las pretensiones del consorcio sólo han de prosperar parcialmente. De otra parte, se desechará la pretensión de la Empresa en el sentido de ser totalmente absuelta y las excepciones propuestas por ella tendrán apenas parcial acogida por este Tribunal.

Así las cosas, el Tribunal estima, con fundamento en lo previsto por el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que no hay lugar a hacer condena especial en costas a cargo de ninguna de las partes procesales y así lo dispondrá en la parte resolutive del laudo, de manera que cada una asumirá los propios gastos y honorarios en que ha incurrido.

IX. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto en las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derechos las diferencias surgidas entre el

Consortio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. y la Empresa de Energía de Bogotá en razón de los contratos de obra pública números 5006,5078 y 5091 de 1989, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO- Decláranse parcialmente probadas las excepciones de intervención exclusiva de un tercero, sujeción a las reglamentaciones legales y gubernamentales respecto de las operaciones de comercio exterior e improcedencia de la acumulación de corrección monetaria e intereses moratorios, propuestas por la Empresa de Energía de Bogotá.

SEGUNDO. En lo demás, decláranse no probadas las restantes excepciones propuestas por la Empresa de Energía de Bogotá.

TERCERO. No prospera la objeción por error grave formulada por la Empresa de Energía de Bogotá contra el dictamen de los señores peritos ingenieros Alfonso Dávila Ortiz y Mauricio Ramírez Koppel, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

CUARTO. Declárase que la Empresa de Energía de Bogotá incumplió las obligaciones que contrajo para con el consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. en virtud de los ordinales b) de las cláusulas sextas de los contratos números 5006,5078 y 5091 de 1989, consistentes en pagar oportunamente al mencionado Consorcio las cuentas que surgían de las respectivas actas de obra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

QUINTO. Declárase que la Empresa de Energía de Bogotá, incumplió las obligaciones que contrajo para con el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A', en virtud de los ordinales a) de las cláusulas sextas de los contratos números 5006,5078 y 5091 de 1989, consistentes en pagar oportunamente al mencionado consorcio los anticipos convenidos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

SEXTO. Como consecuencia de la declaración contenida en el punto CUARTO, condénase a la Empresa de Energía de Bogotá a pagar en favor del consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S.A-, y por concepto de indemnización por mora en el pago de las cuentas ya canceladas, en pesos colombianos la suma de trescientos cuarenta y cinco millones ochocientos cincuenta y cuatro mil trescientos veintinueve pesos (\$345.854.329.00) y en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, la suma de ciento cincuenta y tres mil seiscientos un dólares con 63/100 US\$153.601-63) o su equivalente en moneda legal colombiana, a la tasa de cambio representativa del mercado correspondiente a la fecha del presente laudo.

SÉPTIMO. Como consecuencia de la declaración contenida en el punto QUINTO, condénase a la Empresa de Energía de Bogotá a pagar en favor del consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. y por concepto de indemnización por mora en el oportuno desembolso de los anticipos la suma en pesos colombianos de trescientos noventa millones ochocientos trece mil trescientos diez y ocho pesos (\$390.813.318-00).

OCTAVO. Por las razones expuestas en la parte motiva, niéguese las pretensiones quinta y sexta de la demanda formulada por el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotécnica Coindustrial S. A. contra la Empresa de Energía de Bogotá.

NOVENO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda formulada por el Consorcio integrado por las sociedades Ingenieros Civiles Asociados S, A. y Termotécnica Coindustrial S. A, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO. La Empresa de Energía de Bogotá deberá dar cumplimiento al presente laudo dentro del término de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, de conformidad con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

UNDÉCIMO- Las cantidades líquidas a que se refieren los ordinales SEXTO y SÉPTIMO de presente laudo devengarán intereses comerciales durante los seis

(6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (inciso final artículo 177 del Código Contencioso Administrativo).

DUODÉCIMO. Para los efectos del inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, por la Secretaría comuníquese al señor Procurador General de la Nación, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del presente laudo.

DECIMOTERCERO. De conformidad con el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, por la Secretaría comuníquese el presente laudo al señor gerente de la Empresa de Energía de Bogotá, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del mismo.

DECIMOCUARTO. Sin costas a cargo de las partes.

DECIMOQUINTO. Protocolícese el expediente en una de las notarías del círculo de Santafé de Bogotá.

Modifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS ESQUERRA PORTOCARRERO (fdo.) Presidente

ALVARO TAFUR GALVIS (fdo.) Arbitro

ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO (fdo.) Arbitro

MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS (fdo.) Secretaria

El laudo anterior quedó notificado a los señores apoderados de las partes en audiencia; la secretaria les entregó copia auténtica del mismo a cada uno.

El Tribunal fijó la fecha del próximo 22 de agosto a las dos y treinta (2:30) de la tarde para la audiencia en que decidirá sobre las solicitudes de adición, aclaración y corrección por error aritmético, en caso de que se presenten.

De la anterior decisión quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes.

Finalizado lo anterior se levantó la sesión, previa firma del acta por las personas que en ella intervinieron.

JUAN CARLOS ESQUERRA PORTOCARRERO (fdo.) Presidente

ALVARO TAFUR GALVIS (fdo.)

Arbitro

ACTA No. 21 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

*CONSORCIO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S. A. Y TERMOTECNICA
COINDUSTRIALS. A. V & EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ*

AUDIENCIA DE FALLO

En la ciudad de Santafé de Bogotá D. C., a los veintidós (22) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), se reúnen en la sede del Tribunal los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quien preside, Alvaro Tafur Galvis y Antonio José de Irisarri Restrepo, arbitros, y la suscrita secretaria, María Cristina Morales de Barrios. Se hace presente el doctor Saúl Sotomonte Sotomonte y el doctor Andrés Fernández de Soto, quien presentó sustitución del poder por parte del apoderado del consorcio.

Abierta la audiencia, la secretaria informa sobre la presentación el 18 de agosto de un memorial proveniente de la Empresa, mediante el cual solicita aclaración y en consecuencia corrección y complementación del laudo arbitral proferido el 10 de los corrientes.

Para resolver, el Tribunal dicta el siguiente:

AUTO

A. Reconócese personería al doctor Andrés Fernández de Soto.

B. Dentro de la oportunidad prevista en el Decreto 2279/89, artículo 36, el apoderado de la Empresa de Energía de Bogotá, presenta al Tribunal solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo dictado el 10 de los corrientes. Antes de estudiar las razones de la petición, el Tribunal hace las siguientes precisiones Jurídicas respecto de la finalidad procesal de la aclaración, corrección y complementación de las providencias judiciales, debido a que el memorial presentado por el señor apoderado, lo obliga a realizar una labor didáctica para determinar el alcance de los mecanismos interpuestos contra el laudo arbitral.

ACLARACIÓN DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es imperativo cuando determina: "La sentencia no es revocable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de ejecutoría, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda,

siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella".

La norma transcrita contiene un principio general del derecho procesal según el cual las decisiones que asumen el carácter de sentencia, y por consiguiente los laudos arbitrales, son intangibles e invariables por el mismo juzgador que los dicta; lo anterior, para precaver la inseguridad y el caos en las decisiones de tal naturaleza.

Dice la Corte: "Al precisar la doctrina y la jurisprudencia los alcances del remedio de la aclaración de los fallos, ha insistido reiteradamente en que, los conceptos o frases que le abran paso a dicho correctivo "no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción, ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo". (Gaceta Judicial tomo 47)". No ha pretendido el legislador que en pos de aclarar la sentencia encuentre la parte, la vía expedita para replantear el litigio, o en utilizar la aclaración para que se decida sobre la legalidad de lo ya resuelto en fallo, o en procurar que se analice y explique situaciones ya definidas (Sentencia C.S.J.junio24/92 Sala de Casación Civil,).

CORRECCIÓN POR ERROR ARITMETICO

Por su parte, el artículo 31º del Código de Procedimiento Civil, dispone que: "Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juzgador que la dicta." "lo dispuesto en los incisos anteriores es aplicable a los casos de error por omisión o cambio de palabras, por alteración de éstas, siempre que estén contenidas en aparte resolutive o influyan en ellas".

Los apartes transcritos de la mencionada disposición, señalan que tampoco este remedio procesal puede utilizarse para variar el contenido de la sentencia o laudo arbitral; la corrección numérica no puede producir variaciones sustanciales en el fallo proferido; la rectificación por error aritmético y del error por omisión o cambio o alteración de palabras, debe, por tanto, subordinarse a las mismas consideraciones de la providencia que por esta vía va a corregirse; se trata de un remedio procesal, no de un recurso que busca la variación parcial o total del fallo.

Dice la Corte; El error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la aritmética que se haya practicado sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir que si al alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente, habría error numérico en la suma de 5 formado por los sumandos 3, 3 y 4" (Gaceta Judicial, tomo LXXL, NS 470).

ADICIÓN

El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, establece; "Cuando la sentencia omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria".

La citada norma persigue remediar por esta vía la omisión del juzgador al incurrir en "minus petita" o la omisión al no resolver cualquier otro punto que en el fallo debe dedicarse. Para el caso del proceso arbitral, la tacha de testigos, la objeción del dictámen pericial, la liquidación de las costas del proceso, etc, son cuestiones que necesariamente hacen parte del laudo arbitral. En ningún caso la intención del legislador es la de que por esta vía se intente cambiar el contenido de la providencia original; por el contrario, la sentencia complementaria que se dicta para subsanar el defecto de la primera, hace parte integrante de ésta, y participa de su misma naturaleza jurídica.

Por esta razón, sería imposible que por vía de adición el Juzgado cambiara los fundamentos de la sentencia incompleta.

Hechas así las anteriores precisiones, el Tribunal examina las razones del apoderado al solicitar "la aclaración y la consecuencial corrección y complementación del laudo que decidió las controversias en el presente proceso arbitral. En efecto, la petición pretende aclaración de los "términos del pago del anticipo en los contratos. 5006 y 5078", con base en los siguientes puntos: 1. El Tribunal en el laudo no apreció el dictamen de los peritos Luis Carlos Neira y Jorge Torres en relación con las fechas de pago de los anticipos y, 2. La actualización de la condena por concepto de pago de anticipo en dólares, en

pesos, y no en dólares, lo que le parece incomprensible, que "Lo razonable y legal será que se haga en dólares'.

Con base en los conceptos previamente expuestos acerca del sentido de la aclaración, corrección y adición de las providencias judiciales y examinada detenidamente la solicitud del apoderado de la Empresa demandada, el Tribunal estima:

1. La primera consideración del solicitante se refiere a su desacuerdo con la apreciación del Tribunal de las pruebas periciales practicadas, pues según su argumentación, ha debido acogerse el dictamen rendido por los doctores Neira y Torres y no el rendido por los doctores Cavila y Ramírez. Para el Tribunal es evidente que este aspecto alegado, no encaja en ninguno de los mecanismos ya estudiados de aclaración, corrección por error aritmético o adición del laudo arbitral.

Sin embargo, el Tribunal en aras de facilitar una mejor comprensión de su labor de apreciación de las pruebas en que fundamentó la decisión en el aspecto cuya aclaración se pide, hace ver que el dictamen rendido por los doctores Dávila y Ramírez tuvo como objeto básico el tema del pago de los anticipos, en tanto que, el rendido por los doctores Neira y Torres se refirió al tema de los pagos de las actas de obra, intereses y actualización monetaria.

En respuesta al punto sexto del cuestionario presentado por el apoderado de la Empresa, que aparece a folio 3 del dictamen de los peritos Neira y Torres se lee: "6 Este punto tiene que ver con el anticipo, materia de otra dictamen pericial". Sin embargo, por vía de absolver las aclaraciones solicitadas por el apoderado de la Empresa, los peritos Neira y Torres respondieron a la pregunta: "Cuáles son las exigencias para el programa de inversión del anticipo, informes de inversión, garantías, cuentas de cobro y pago precisando la fecha y forma en que el Consorcio entregó a la Empresa lo relativo a cada uno de estos aspectos y en general todo aquello a que estaba obligado para poder exigirle a ésta el paga'.

La respuesta que los peritos Neira y Torres dieron a esta pregunta, es la que sirve de fundamento al apoderado de la Empresa para solicitar la aclaración del laudo,

pues de ella deduce una fechas distintas de las indicadas en el dictamen de los peritos Dávila y Ramírez.

En detallada secuencia de fecha y de temas mencionada en el laudo al fallar las objeciones por error grave los peritos Dávila y Ramírez a folio 1 del anexo 1 de su dictamen, presentaron el resumen de la documentación cruzada entre las partes con ocasión del pago de los anticipos. Esta fue la prueba que llevó certeza al Tribunal sobre la ocurrencia de las demoras por parte de la Empresa para cumplir sus obligaciones con relación a los anticipos, según los contratos; por esto los cálculos realizados por estos peritos fueron los acogidos en el laudo, en estricta aplicación de los principios de la apreciación de la prueba con base en la sana crítica, teniendo en cuenta su firmeza, precisión y calidad de las fundamentaciones, según lo dispuesto por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

2. La segunda consideración se basa en que el apoderado de la Empresa no entiende por qué la actualización del capital debido y de los intereses no se hizo en dólares, a pesar de que según afirma, "el anticipo en dólares para los contratos 5006 y 5078 fue pagado por la Empresa en dólares".

Según las partes, sin controversia alguna al respecto, los anticipos se pagaron en pesos, debido a los conflictos surgidos por la negativa del Banco de la República, tal como se dejó establecido en el laudo. La petición correspondiente a la indemnización al Consorcio por el pago tardío de los anticipos, es la demanda la señalada como la "SEXTA", en la cual se solicita: "...se condene a la Empresa de Energía de Bogotá apagarla suma de un millón doscientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve dólares con 53/100 (US31.290.549.53) y ciento sesenta y siete millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos con 68/100 (\$167.495.821.68), o aquella que resulte probada en el proceso. En todo caso el valor determinado de la condena será traído a valor presente, actualizando cada pago desde la fecha que debió hacerse, según lo disponga el laudo, hasta aquella en que el Consorcio lo reciba efectivamente, de acuerdo a los índices oficiales que el Tribunal considere más a propósito para ese efecto.

Para fallar, el Tribunal consideró, con base en los cálculos efectuados por los peritos Dávila y Ramírez, que la condena y su actualización debía hacerse en pesos colombianos, moneda que fue la que recibió el Consorcio, a pesar de haberse pactado su pago parte en dólares y parte en pesos.

Aunque tampoco esta solicitud encaje en los remedios procesales denominados aclaración, corrección por error aritmético o adición del laudo arbitral, para el Tribunal es importante hacer la anterior precisión.

Con base en lo anterior el Tribunal niega la solicitud de aclaración, y la consecuencial de complementación y corrección por error aritmético del laudo arbitral de fecha 10 de agosto del año en curso que ha formulado el señor apoderado de la Empresa.

NOTIFIQUESE.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados.

Sin más tema para tratar se da por terminada la reunión una vez firmada el acta por quienes en ella intervinieron.

JUAN CARLOS ESQUERRA P. (fdo.) Presidente

ANTONIO DE IRISARRI RESTREPO (fdo.) Arbitro”¹⁴⁹

La anterior transcripción, la realizamos porque nos parece importante dar a conocer como se desarrolla el arbitramento en un contrato Administrativo, no resumimos, ni quitamos nada del Laudo original, con el fin de que el lector alcance aunque sea un poco, a dimensionar este proceso, en el cual en nuestra opinión , se refleja la importancia y la profundidad con que se manejan estos conflictos en un tribunal de arbitramento. Igualmente encontramos aquí, como se complementan las distintas normas, constitucionales, administrativas, civiles etc..que nos hacen entender cuan íntegro debe ser un profesional del Derecho,

¹⁴⁹ **LAUDO ARBITRAL. cámara de comercio de Bogotá. agosto 10 de 1.994.** Consorcio de Ingenieros Civiles Asociados S. A. y Termotecnia Coindustrial S. A. vs .Empresa de Energía de Bogotá.

profesión en la cual de realizarse una especialización, no por ello, podemos desligarnos de las otras áreas que las complementan.