

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001032600020230000700 (69408)

Convocante: VÍAS DE CALI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN Convocb

en determinados eventos ado: DISTRITO ESPECIAL DE

SANTIAGO DE CALI Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE

LAUDO ARBITRAL

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN – características generales y naturaleza / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO – Interpretación restrictiva – Referentes únicamente a errores in procedendo – Margen de competencia del juez del recurso / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN / Exigible para la causal prevista en el artículo 41, numeral 2, de la Ley 1563 de 2012 – Cumplimiento parcial / CADUCIDAD – Causal de anulación sólo se configura cuando el fenómeno ocurrió en el caso concreto y a pesar de ello, el laudo resuelve de fondo la controversia / FALTA DE COMPETENCIA – Configuración por previa extinción de los efectos del pacto arbitral respecto del caso concreto – Configuración por contener decisiones sobre asuntos ya resueltos en acto administrativo en firme, expedido en ejercicio de potestad exorbitante.

Procede el Despacho a resolver el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral de fecha 6 de octubre de 2022 -cuya solicitud de aclaración fue negada el 19 de octubre del mismo año-, dictado por el Tribunal Arbitral constituido para resolver la controversia de carácter contractual, surgida entre la sociedad Vías de Cali S.A.S. en liquidación y el Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali¹; y en el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Entre el municipio de Santiago de Cali y la sociedad Vías de Cali S.A.S. se celebró el contrato de concesión N° 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1, del 20 de mayo de 2010, para la financiación, construcción y otras actividades relacionadas con la malla vial de la Zona Sur de esa ciudad.

¹ Para la época de celebración del contrato sometido a arbitramento, la entidad contratante ostentaba la naturaleza de municipio. Posteriormente, mediante Ley 1933 de 2018 se le dio la categoría de

Distrito, la que ya ostentaba en el momento de incoarse la causa arbitral. En esta providencia, la Sala se referirá a la convocada como “*municipio*” cuando se trate de señalar los antecedentes de la relación contractual entre las partes, y como “*Distrito*” cuando se haga alusión a los actos de la entidad como parte del proceso de arbitramento y como recurrente en el asunto *sub judice*.

En 2015, la sociedad Vías de Cali interpuso demanda arbitral contra el municipio contratante, para solicitar el reconocimiento y pago de varias sumas de dinero, causadas durante la vigencia de la concesión. No obstante, en auto del 24 de noviembre de 2016, el tribunal de arbitramento entonces convocado declaró la cesación de sus funciones y la extinción de los efectos del pacto arbitral, “*para el caso*”.

El contrato mencionado terminó anticipadamente, toda vez que el 16 de febrero de 2017, la entidad estatal concedente declaró la caducidad del mismo, en acto administrativo confirmado y ejecutoriado.

El 16 de agosto de 2019, la sociedad contratista interpuso demanda arbitral contra el hoy Distrito de Cali, solicitando la liquidación judicial del negocio jurídico y el reconocimiento de sumas de dinero, por los conceptos que se llegaran a establecer en el juicio como adeudados por la entidad a favor de la convocante.

En laudo arbitral del 6 de octubre de 2022, el tribunal de arbitramento liquidó judicialmente el contrato y accedió parcialmente a las pretensiones económicas de la actora.

La entidad estatal convocada interpuso contra el indicado laudo el recurso extraordinario de anulación que hoy se somete al análisis de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 20 de mayo de 2010, el entonces municipio de Santiago de Cali celebró con la sociedad Vías de Cali S.A.S., hoy en liquidación, el contrato de concesión N° 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1, para la “*financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños (...), construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad del grupo 1 (...)*”. En lo relativo a la solución de controversias, las partes pactaron en la cláusula 36, lo siguiente²:

Toda controversia o diferencia derivada del presente Contrato, que no pueda dirimirse amistosa y directamente por las partes o con la intervención del Amigable Compondor por su origen, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no existir acuerdo entre las partes, la designación la realizará el Centro

² Todos los elementos probatorios referidos en esta sentencia se encuentran visibles en el expediente digital registrado en la plataforma SAMAI.

de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali. Los honorarios y costas del arbitramento serán asumidos por montos iguales por las partes y se sujetarán a las tarifas que para tal fin consagre el Reglamento de la Cámara de Comercio (...). El laudo que se profiera será en derecho (...).

1.2. La demanda

El 16 de agosto de 2019, la sociedad Vías de Cali S.A.S. en liquidación, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda arbitral de carácter contractual contra el Distrito de Cali. La demanda fue reformada íntegramente el 26 de enero de 2021, de manera que las pretensiones quedaron formuladas en los siguientes términos:

PRIMERA. - Que como quiera que el Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1 (Zona Sur) aún no se ha liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se solicita que el contrato sea liquidado por el Tribunal de Arbitramento.

SUBSIDIARIA. Que como quiera que el Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1 (Zona Sur) aún no se ha liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se ordene su liquidación.

SEGUNDA. - Declárese que el municipio debe reconocer y pagar en el valor de liquidación todos aquellos valores que se acrediten son adeudados por el municipio dentro del proceso de arbitramento.

TERCERA.- Se declare que el MUNICIPIO debe reconocer y pagar a favor de la CONCESIONARIA, la suma que estimo en no menos de \$66.884'305.829 moneda corriente o en la cuantía que resulte probada en el proceso (dentro de la cual se encuentran incluidos, pero no exclusivamente, los intereses por la falta de pago oportuno de las obligaciones contractuales).

CUARTA.- Que se condene al MUNICIPIO a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral que ordene o realice la liquidación del Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1 (Zona Sur), incluyendo, pero sin limitarse a ello, el reconocimiento y pago de la totalidad de los perjuicios y/o sobrecostos en los que haya incurrido la CONCESIONARIA en la ejecución del contrato y derivados de su terminación anticipada, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

SEXTA.- Que se ordene al MUNICIPIO a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA. - Que dentro de la liquidación del contrato se incorpore a cargo del MUNICIPIO el pago de los intereses de mora por la demora o retraso de los pagos del demandante.

SUBSIDIARIA. - Que dentro de la liquidación del contrato se incorpore a cargo del MUNICIPIO el pago de los intereses de mora por la demora o retraso de los pagos al CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

OCTAVA. - Que para el caso que el MUNICIPIO no diere cumplimiento inmediato al laudo arbitral que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida (...).

NOVENA. - Que se concede al MUNICIPIO al pago de la indexación de las sumas anteriormente señaladas (...).

Como fundamento de su libelo la convocante refirió, en síntesis, la celebración del contrato N° 4151.1.14.26.005-10 del 20 de mayo de 2010, en virtud del cual el entonces municipio de Cali dio en concesión a la sociedad Vías de Cali S.A.S, la

“financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad del Grupo 1 (Zona Sur) de la ciudad de Santiago

de Cali (...)" . Según la actora, la licitación y contratación respectivas se adelantaron para todo el municipio, pero fueron distribuidas por la entidad en tres grupos, de los cuales el primero, denominado Grupo 1, le fue adjudicado a Vías de Cali S.A.S., a quien por consiguiente le correspondió ejecutar el objeto de la concesión en la Zona Sur de la ciudad.

Indicó que, para efectos de las garantías, el valor nominal del contrato fue establecido en la suma de \$161.433'231.033; pactándose que, en todo caso, la remuneración de la concesionaria se realizaría bajo las directrices fijadas en las cláusulas 13, 14 y 15.

Señaló que el contrato se desarrollaría en varias etapas, a saber: i) actividad preliminar, ii) pre-construcción, iii) construcción y, iv) conservación o repago; y que, una vez cumplidas las dos primeras fases por la concesionaria, las partes suscribieron el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción el 21 de octubre de 2010.

Según el relato de la convocante, mediante Otrosí N° 1 del 11 de diciembre de 2011, se acordó que el municipio tomaría una parte del dinero depositado por la Concesionaria en la cuenta de adquisiciones prediales, para cubrir otros rubros diferentes, en razón al bajo recaudo registrado por concepto de valorización. En esa medida -prosiguió la actora-, de los \$33.646'360.000 abonados por Vías de Cali S.A.S. en la cuenta mencionada, quedó un saldo de \$2.824'296.860, lo que significaba que el municipio había tomado \$21.478'404.153 para financiar otras obligaciones contractuales distintas a la compra de predios. Como consecuencia de ese pacto, en el mismo Otrosí N° 1 se hicieron modificaciones en la distribución y manejo de las subcuentas del contrato, así como en las responsabilidades derivadas del manejo del presupuesto destinado a la gestión predial a cargo de la concesionaria, punto en el cual se estipuló que serían responsabilidad exclusiva del municipio "*los efectos favorables o desfavorables de los retrasos o incumplimientos*" en que incurriera Vías de Cali S.A.S., en ese ítem del contrato, por falta de recursos. Por otro lado -dijo la convocante-, en el marco del Otrosí N° 1, el 30 de julio de 2012, el municipio le aseguró a la concesionaria que el saldo pendiente de reembolso a la cuenta de predios, equivalente a \$12.945'471.670, no sería transferido, al menos hasta abril de 2013.

Refirió la convocante la suscripción de trece otrosíes modificatorios del contrato en cuanto a su plazo, adición del valor, adición de obras y cambios en la forma de ejecutarlas. Especificó las contingencias que llevaron a las partes a celebrar tales acuerdos, subrayando que las mismas no le eran imputables a la concesionaria mientras que sí obedecieron, en algunos casos, a las dificultades en la adquisición de predios.

Expuso que, de acuerdo con las condiciones establecidas en la licitación y en el contrato, la etapa de construcción se adelantaría con la ejecución de "*hitos*", a cuya entrega por parte de Vías de Cali S.A.S. estaba sujeto el pago de las obras. Señaló

que el contrato previó la facultad del municipio de efectuar retenciones de dinero por incumplimiento de la concesionaria, circunstancia que nunca se dio durante la vigencia del negocio jurídico; por otro lado, el retraso en el pago de los “hitos” causaría intereses de mora.

Señaló que, en Resolución N° 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, el municipio de Cali declaró la caducidad del contrato de concesión y el incumplimiento de la sociedad Vías de Cali S.A.S., por lo que ordenó su terminación y la afectación de las respectivas pólizas. La concesionaria interpuso recurso de reposición alegando, entre otras cosas, la excepción de contrato no cumplido, por cuanto la omisión en los pagos que el municipio debía hacer imposibilitó la puntual y normal ejecución del objeto pactado; no obstante, la entidad confirmó lo decidido, en Resolución N° 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017.

Asimismo indicó que, durante el desarrollo del contrato, el municipio se mantuvo en situación de incumplimiento respecto de los pagos adeudados a la concesionaria; en punto de ello, refirió los oficios remitidos a la entidad estatal entre 2011 y 2015, reclamando las sumas adeudadas y advirtiendo que la mora en su pago generaba intereses, de conformidad con lo pactado en las cláusulas. En palabras de la convocante, a corte del 31 de diciembre de 2014, la entidad estatal le adeudaba la suma de \$27.543'992.456 como “*remuneración principal*”, y \$9.816'742.715 por concepto de “*obras de redes*”.

Recalcó que la cláusula 34 del contrato de concesión previó la forma en que se remuneraría a la concesionaria en caso de terminación anormal del negocio jurídico, supuesto que se había cumplido con ocasión de la declaratoria de caducidad. Al respecto, indicó el contenido de la estipulación:

Si en el transcurso de estas etapas se presenta la Terminación Anticipada del presente Contrato, el Municipio pagará al Concesionario el monto P, según la fórmula siguiente:

Afirmó que la variable “PP”, correspondiente al descuento por “*pena pecuniaria causada en el evento de declararse la caducidad (...)*”, no afectaba la liquidación solicitada en la demanda arbitral ni tenía incidencia en ella, toda vez que, si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba conociendo del juicio de nulidad contra las resoluciones proferidas por el municipio, lo cierto era que la pena pecuniaria ya había sido pagada por la aseguradora, razón por la cual, al margen de las resultas del proceso jurisdiccional, en el laudo arbitral no sería necesario hacer descuentos en la fórmula de liquidación, y frente a una sentencia favorable a

las pretensiones de la demanda de nulidad contra los actos de declaratoria de caducidad, el dinero pagado por concepto de “PP” debía ser reintegrado a la aseguradora y no a la concesionaria.

Agregó:

La variable ‘O’, ‘Obligaciones del Municipio con el CONCESIONARIO pendiente (sic) de pago en Pesos del momento de la liquidación’, que a su vez la componen las variables ‘ROR’, “Remuneración por obras para redes pendientes de pago + ‘Otras’, ‘Otras cuentas pendientes de pago por parte del municipio’”, fueron reclamadas en el Tribunal de Arbitraje en que se declaró extinguida la cláusula arbitral³. Actualmente se tramitan en proceso de la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo se solicita al Tribunal de Arbitraje que solicite (sic) el expediente y lo tramite dentro de este mismo proceso, de acuerdo con la facultad contenida en el artículo 29 de la Ley 1563, toda vez que hace parte de la liquidación del contrato sobre la que versa la presente demanda.

³ Proceso que, hasta esa parte de la demanda, no había sido mencionado por la convocante.

Con fundamento en ello, manifestó que la liquidación debía hacerse de la siguiente manera:

1.3. Actuación de la convocada

1.3.1. La demanda reformada fue admitida por el Tribunal de Arbitramento el 8 de febrero de 2021, decisión que fue recurrida por el Distrito de Cali y confirmada por el panel en auto del 8 de marzo de esa misma anualidad.

1.3.2. En su contestación de la demanda reformada⁴, el Distrito se opuso a las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y se pronunció sobre los hechos de la demanda, el contrato y sus modificaciones, la forma como se desarrollaron las etapas de la concesión, la fórmula de liquidación anticipada que se pactó, las razones que llevaron a la entidad a declarar la caducidad del negocio jurídico y la conducta de las partes frente a las obligaciones asumidas. Señaló que la firma concesionaria no había acreditado el cumplimiento de sus compromisos, ni el derecho que alegaba a que se le pagaran las obras de redes ni los demás rubros solicitados en la demanda arbitral.

Propuso la excepción previa de “falta de competencia” -punto de inconformidad expuesto en el recurso de anulación- y, adicionalmente, formuló las excepciones de mérito que denominó: “sobre la pretensión de condena de sobrecostos a favor de Vías de Cali S.A.S- pretensión quinta”, “contrato no cumplido”, “inexistencia de los elementos de la responsabilidad civil contractual”, “firmeza del acto administrativo

que declaró la caducidad del Contrato de Concesión N°. 4151.1.14.26.005-10” y “compensación”.

1.3.3. Adicionalmente, el 5 de febrero de 2020 el Distrito de Cali había presentado demanda de reconvención, la que fue reformada el 27 de enero de 2021 (un día después de que Vías de Cali S.A.S. presentara reforma a la demanda inicial). Ese

⁴ Contestación presentada el 24 de marzo de 2021.

último acto -la reforma de la demanda de reconvención- también fue admitido por el tribunal de arbitramento en auto del 8 de febrero de 2021.

2. El laudo impugnado

2.1. El 6 de octubre de 2022, el tribunal de arbitramento profirió el respectivo laudo, en el cual declaró su falta de competencia para resolver sobre las excepciones de “firmeza del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato de concesión (...)” y “el incumplimiento de Vías de Cali S.A.S. y la declaratoria de caducidad del contrato”, propuestas por el Distrito, al tiempo que declaró no probadas las restantes excepciones formuladas por esa entidad, salvo la relativa a la “pretensión de condena de sobrecostos a favor de Vías de Cali S.A.S. – pretensión quinta”, que fue acogida parcialmente.

Con respecto a las pretensiones de la demanda reformada, dispuso el panel:

Tercero: Acceder a la pretensión primera (...), y por ende, LIQUIDAR judicialmente el Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 del 20 de mayo de 2010, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo arbitral (...).

Cuarto: Acceder a la pretensión segunda principal de la demanda arbitral reformada y DECLARAR, como consecuencia de lo resuelto en el numeral tercero anterior, que el Municipio de Santiago de Cali debe RECONOCER y PAGAR en favor de la sociedad Vías de Cali S.A.S. (en liquidación) los valores probados y resultantes de la liquidación del contrato (...).

Quinto: Acceder parcialmente a la pretensión tercera principal de la demanda arbitral reformada y DECLARAR, como consecuencia de la liquidación judicial del Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 del 20 de mayo de 2010 (...), que el Municipio de Santiago de Cali debe RECONOCER Y PAGAR en favor de la sociedad Vías de Cali (En liquidación) la suma de TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (M/L) (\$38.319'901.392), en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral (...).

Octavo. Acceder a la pretensión séptima principal de la demanda arbitral reformada y, por ende, incorporar o calcular en la liquidación judicial del contrato (...) el pago de interés de mora por el retraso en los pagos que debía realizar el Municipio de Santiago de Cali en favor de la sociedad Vías de Cali S.A.S. (En liquidación), tal como se decretó en el numeral tercero anterior (...).

Frente a la demanda de reconvención, el tribunal declaró que sobre ella había operado el fenómeno de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

2.2. El Distrito de Cali solicitó la aclaración y corrección del laudo arbitral, por

considerar que la liquidación judicial del contrato presentaba inconsistencias, irregularidades y errores aritméticos. En punto de ello, señaló que la providencia contenía una indebida aplicación de la fórmula que las partes pactaron para liquidar el contrato, en particular porque las operaciones hechas en la variable *Input* de inversiones (li) incluyeron montos no reportados por el fideicomiso, en los términos de la cláusula 34 de la concesión, y se realizaron tales cálculos sin tener en cuenta la información proveniente de la Fiduciaria Colpatria ni aplicar los descuentos establecidos por la ley a nivel tributario a favor del municipio, en su calidad de gran contribuyente.

Por otro lado, tras señalar otros aspectos que consideró constitutivos de error de cálculo, manifestó que, en todo caso, al imponérsele condena económica a la entidad se debió acceder a la excepción de “*compensación*”, formulada en la contestación de la demanda reformada.

2.3. El 19 de octubre de 2022, el tribunal de arbitramento denegó la solicitud de aclaración y corrección presentada por el Distrito de Cali, por considerar que en el memorial de la convocada no se observaba ninguna “*circunstancia pasible de ser aclarada, corregida o complementada, en los términos expresos y precisos que prevé el legislador*”, conclusión que argumentó sobre la base de reiterar las consideraciones expuestas en la providencia y describir el ejercicio analítico con el cual los árbitros habían llegado a ellas.

Las consideraciones y motivaciones esbozadas en el laudo arbitral sobre los puntos de controversia planteados por el Distrito, así como los conceptos específicos incluidos en la liquidación del contrato, se referirán por la Sala al analizar los cargos formulados en el recurso extraordinario de anulación.

3. Recurso de anulación y su trámite

3.1. La entidad convocada interpuso el recurso extraordinario de anulación del mencionado laudo, con apoyo en las causales contempladas en el artículo 41 numerales 2, 7, 8 y 9 de la Ley 1563 de 2012⁵, bajo cargos de los que se corrió traslado a la parte convocante, quien se opuso expresamente a la impugnación, todo ello sobre la base de los argumentos que la Sala expondrá en la parte considerativa de esta sentencia.

⁵ “Son causales del recurso de anulación (...):

2-. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

7-. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

8-. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

9-. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

3.2. En providencia del 22 de marzo de 2023, se admitió el recurso extraordinario de anulación y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público, que guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia

La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 16 de agosto de 2019⁶, esto es, en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación de conformidad con el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁷, norma que determina que esta Corporación conoce de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en asuntos en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas⁸.

En el contrato de concesión N° 4151.1.14.26.005-10 del 20 de mayo de 2010, que originó la controversia, fungió como entidad contratante el municipio de Santiago de Cali, hoy erigido como Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios, de conformidad con la Ley 1933 de 2018. Por tanto, se trata de una entidad pública que intervino en el contrato sometido a juicio en el proceso arbitral, siguiendo así el presupuesto de competencia previsto en el artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012, referido.

2. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012⁹, dado que este se presentó el 5 de diciembre de 2022 y la notificación del proveído en que se resolvió la solicitud de aclaración

⁶ Y fue reformada el 26 de enero de 2021.

⁷ “Artículo 46. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el Tribunal de arbitraje (...).

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

⁸ Además, el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003– radicó en esta Sección la competencia para conocer de “los procesos de nulidad de los laudos arbitrales originados en contratos estatales”.

⁹ “Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.

del laudo arbitral se produjo el 20 de octubre de esa misma anualidad¹⁰, según consta en el respectivo correo de notificación enviado por la secretaría del Tribunal de Arbitramento¹¹.

3. Régimen legal aplicable

La Ley 1563 del 12 julio de 2012¹² es el marco legal aplicable para resolver el recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto¹³, razón por la cual, el recurso extraordinario será decidido con fundamento en lo establecido en ese estatuto¹⁴.

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha referido la naturaleza, las características y las particularidades que identifican al recurso de anulación de laudos arbitrales¹⁵, advirtiendo que tal mecanismo es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, por lo cual no constituye ni puede entenderse como una instancia adicional en el proceso.

Se ha señalado, asimismo, que la finalidad del mencionado mecanismo es controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo*, de modo que a través de él no puede atacarse el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*. En ese sentido, no le es dable al juez del recurso examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni revivir el debate probatorio para entrar a considerar eventuales yerros en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el

¹⁰ En este punto es importante recordar el contenido del artículo 62 de la Ley 4 de 1913 que determina el cómputo de los plazos legales expresados en días: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario (...)”. A su vez, el artículo 118 del C.G.P. establece que, en los términos de días, no se toman en cuenta los de vacancia judicial “ni aquellos en los que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”.

¹¹ Expediente digital descargado desde SAMAI, archivo N° 294.1: “Correo – Notifica Auto No. 85 Resuelve Aclaracion Laudo Arbitral”.

¹² Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: “Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”.

¹³ La demanda arbitral se presentó el 28 de noviembre de 2017.

¹⁴ Es del caso señalar que en providencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563 (Consejo de Estado, Sección Tercera –Sala Plena– auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

¹⁵ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como

superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral. Al respecto, el artículo 42 - inciso tercero del Estatuto Arbitral prohíbe al juez de la anulación pronunciarse sobre el fondo de la controversia y calificar o modificar los criterios, interpretaciones y análisis plasmados en el laudo¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior cabe anotar que, excepcionalmente, el juez de la anulación puede corregir o adicionar la providencia, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación referente a la incongruencia, prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, o bien, cuando el laudo contenga “*disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive*”, supuesto que configura la causal octava de la misma norma¹⁷.

Ahora bien, los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “*principio dispositivo*”, en cuya observancia dicho operador judicial debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso. A su vez, el objeto que con el recurso se persigue se debe encuadrar en los precisos y puntuales supuestos que la ley consagra¹⁸, por lo que, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación¹⁹.

Por otro lado se tiene que, dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten debidamente las causales que se invocan en forma expresa, las cuales deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por ello el legislador establece que el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando los vicios que se aduzcan o

¹⁶ “La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”

¹⁷ Así, de conformidad con el artículo 43 del Estatuto Arbitral, “”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

invoquen no correspondan a ninguno de los señalados expresamente en la ley –

artículo 41 de la Ley 1563 de 2012²⁰.

4. Requisito de procedibilidad de la causal segunda de anulación – falta de competencia.

El Distrito de Cali invocó en su recurso, entre otras, la causal segunda de anulación, en lo relativo a la falta de competencia del tribunal de arbitramento²¹. En torno a ella, el censor esbozó los siguientes cargos, a saber: i) *“falta de competencia del Tribunal originada en la cesación de los efectos del pacto arbitral por falta de pago oportuno de los honorarios”* y ii) *“falta de competencia del tribunal derivada de haber aceptado conocer pretensiones que no podían ser formuladas ante la justicia arbitral”*.

i) Respecto del primer cargo sostuvo que, si bien durante el curso del proceso se le otorgó a la convocante el amparo de pobreza, lo que la eximía de cubrir el 50% de los honorarios de los árbitros, lo cierto fue que el Distrito de Cali *“ejerció su derecho”* a no cubrir su cuota por ese concepto, bajo lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012²²; por lo cual, según su dicho, en audiencia del 19 de agosto de 2021

-en la que se fijó el valor de los honorarios-, se le indicó a la actora que le correspondía a ella cubrir lo no pagado por el Distrito de Cali, aún a pesar de que se le había concedido amparo de pobreza. Agregó que la convocante pagó ese porcentaje de los honorarios de manera tardía, razón por la cual el tribunal debió dar aplicación al inciso cuarto del artículo 27 del estatuto de arbitraje, expidiendo un auto en que declarara concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto

²⁰ La jurisprudencia constitucional ha recalcado las características del proceso arbitral, su sujeción al principio dispositivo y las limitaciones del recurso extraordinario de anulación contra el laudo que lo resuelve, al indicar: *“La Corte Constitucional ha considerado que el arbitramento es un mecanismo idóneo no únicamente para descongestionar los despachos judiciales, sino también para lograr que las partes en forma pacífica pongan fin a sus controversias. Bajo este entendido, se ha considerado el arbitramento como un ‘mecanismo alterno de solución de conflictos’ que ‘implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”* (Corte Constitucional. Sentencia T-714 del 17 de octubre de 2013).

²¹ E igualmente, en lo atinente a la caducidad, como se precisará en el siguiente capítulo.

²² *“En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal (...). // Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario (...). // De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas. // Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso”*.

arbitral; pero en lugar de ello, aceptó el pago y prosiguió con el trámite hasta llegar

al laudo que puso fin al juicio.

ii) A su vez, el segundo cargo fue estructurado sobre dos planteamientos centrales, el primero de ellos consistente en *“haberse pronunciado [el tribunal] sobre controversias que habían sido planteadas en proceso arbitral anterior que terminó por falta de pago de los honorarios”*, y el segundo, haber examinado los árbitros, aspectos relativos al cumplimiento del contrato por ambas partes, pese a existir un acto administrativo en firme en que se declaró el incumplimiento de la firma concesionaria y la caducidad del negocio jurídico, sin que el tribunal delimitara su competencia en este punto ni se circunscribiera a hacer el balance de las cuentas pendientes de pago, prescindiendo de todo examen de legalidad del acto.

Respecto de la causal segunda de anulación, que incluye el vicio relativo a la falta de competencia, el artículo 41 del estatuto arbitral establece en su penúltimo inciso:

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

De modo que la norma no sólo exige la interposición del recurso de reposición contra el auto relativo a la competencia, sino que también impone que en dicha impugnación se hagan valer, expresamente, los mismos motivos constitutivos de la respectiva causal que se aleguen posteriormente en el recurso extraordinario de anulación.

En el presente caso y, en cuanto respecta a la invocada falta de habilitación procesal del tribunal de arbitramento para resolver el asunto hoy materia de análisis, se tiene que el 24 de noviembre de 2021 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el panel arbitral declaró, en efecto, su competencia para dirimir el indicado conflicto.

El tribunal de arbitramento manifestó que tal atributo era pleno y amplio, por cuanto cobijaba íntegramente cada uno de los puntos en litigio expuestos en las demandas principal y de reconvención, así como en sus respectivas reformas. De igual manera precisó que, si bien entre los años 2015 y 2016 cursó un proceso de arbitramento entre las mismas partes y con ocasión del mismo contrato objeto del actual pleito, era igualmente cierto que, en esa primera oportunidad, en la que se declaró la extinción de los efectos del pacto arbitral por falta de pago de los honorarios, el litigio recayó sobre temas específicos distintos a los sometidos a juicio con la demanda arbitral del 16 de agosto de 2019²³.

El Distrito de Cali interpuso recurso de reposición contra tal proveído y manifestó que la competencia de los árbitros debía delimitarse, pues no podía ser tan *“amplia”* como se sostenía en el auto, ni *“cobijar todos los asuntos del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10 Grupo 1 (Zona Sur), del 20 de mayo de 2010”*, menos aún

cuando el auto que puso fin al arbitraje iniciado en 2015 había hecho “*tránsito a cosa juzgada*”. Asimismo, manifestó que en el proceso en curso no procedía discusión alguna sobre la legalidad de las Resoluciones 41510.21.0137 de 2017 y 41.0.21.0139 de 2017, en las que se declaró la caducidad del contrato de concesión, cuestión que abarcaba el tema del incumplimiento, planteado en el juicio, por lo que ese tema debía ser excluido expresamente de la competencia del tribunal de arbitramento, por no ser pasible de juicio bajo ese mecanismo especial de solución de conflictos²⁴.

En la misma audiencia, el panel arbitral resolvió negativamente el recurso interpuesto por la entidad convocada, de manera que confirmó su decisión de declararse competente para conocer y resolver todos los aspectos planteados por las partes a partir de la demanda presentada el 16 de agosto de 2019.

Se advierte, de esta manera, que si bien el Distrito de Cali cumplió con el requisito establecido en el artículo 41 -inciso undécimo- de la Ley 1563 de 2012 para invocar la causal de *falta de competencia*, lo cierto es que tal presupuesto sólo se satisfizo respecto de uno de los dos cargos formulados bajo dicha causal, razón por la cual el examen de la Sala se limitará a ese único punto de controversia, expuesto por la parte censora al acometer la carga impuesta por la ley.

²³ En particular, según el tribunal, porque en el primer trámite se debatieron aspectos referentes a la ejecución del negocio jurídico, mientras que, en el proceso ulterior, en curso ante ese panel de árbitros, el debate se centraba únicamente en la liquidación del contrato y los efectos de ese balance, cuestiones que, a su juicio, eran posteriores a la terminación del negocio jurídico y, por tanto, ajenas al conflicto suscitado en 2015. Señaló: “*De conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, decreto ley 19 de 2012 y normas concordantes, la liquidación de los contratos procede cumplido el termino para expiración de los contratos o expedido el acto administrativo que ordene su terminación.*”

Siendo así, el caso materia de estudio en el trámite arbitral que cursó entre Octubre de 2015 y noviembre de 2016, se refería a controversias suscitadas durante la ejecución del contrato, controversias presentadas antes de la presentación de la solicitud de convocatoria del Tribunal, antes de agosto de 2015. El presente Tribunal de arbitramento se convoca en el año 2019, después de terminado el contrato y tiene por finalidad la liquidación del contrato y los reconocimientos a que haya lugar. Las controversias materia de los dos tribunales son diferentes, se repite, las del primero controversias durante la ejecución del contrato, las de este Tribunal, la liquidación del Contrato”.

²⁴ La grabación de la primera audiencia de trámite, celebrada el 24 de noviembre de 2021 y en la que se esbozaron los argumentos de la convocada, se encuentra disponible en el enlace digital suministrado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali, en el oficio remisorio obrante en SAMAI.

En efecto, aunque la convocada alegó en su recurso la falta de competencia para conocer puntos que, en su sentir, no podían ser decididos en sede arbitral, por estar cobijados por el fenómeno de cosa juzgada y por aludir a hechos resueltos en las resoluciones de declaratoria de caducidad del contrato, dejó sin impugnar por la vía de reposición lo relativo a la alegada falta de pago oportuno de los honorarios por parte de Vías de Cali S.A.S., retardo que, en su sentir, daba lugar a que cesaran los efectos del pacto arbitral para el caso *sub judice* y a que el tribunal careciera de competencia para resolver toda la controversia.

A este respecto, en el recurso de anulación, el Distrito de Cali manifestó que, al

vencer el término para el pago a cargo de la convocante, la entidad estatal solicitó la cesación de los efectos del pacto arbitral, petición que le fue negada en el Auto N° 29 del 15 de septiembre de 2021. Agregó que, en esa misma fecha, el tribunal de arbitramento profirió el auto N° 30, en el que aceptó el pago hecho por la actora el 13 de septiembre de ese año; y que el Distrito de Cali interpuso recurso de reposición contra esas dos providencias, sin éxito, por cuanto las mismas fueron confirmadas el 4 de octubre de 2021.

En punto de ello, adujo el censor:

Como se puede apreciar, el tema fue amplia y extensamente debatido, y quedó definido totalmente justo antes de iniciar la primera audiencia de trámite. No obstante, está claro que el Distrito agotó de manera adecuada el requisito de procedibilidad de la causal segunda de anulación, relativo a haber interpuesto recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, ya que esta exigencia no es otra que haber solicitado al panel arbitral la revisión de la decisión de continuar con el trámite del proceso (asumir competencia), mediante la interposición de recurso de reposición contra la decisión correspondiente, pues puede ocurrir – como en efecto ocurre en este caso- que la decisión del Tribunal que debe ser objeto del recurso de reposición no se haya proferido en curso de la primera audiencia de trámite, sino antes.

[E]ste caso plantea una hipótesis que no está contemplada en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 en lo relativo al requisito de procedibilidad de la causal segunda de anulación por falta de competencia, ya que –según la estructura legal del proceso arbitral- la controversia sobre la cesación o no de los efectos del pacto arbitral por el no pago de los honorarios se dará siempre antes de la primera audiencia de trámite, pues la verificación del pago de los honorarios es condición para citar a dicha audiencia, según lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 (...).

Este vacío debe ser llenado teniendo en cuenta que la finalidad del requisito de procedibilidad de la causal segunda de anulación no es otro que garantizar que el debate sobre la competencia se haya dado previamente ante el tribunal arbitral. En estos eventos, el requisito de procedibilidad se cumple si el recurrente interpone recurso de reposición contra el auto que negó la solicitud de terminación del proceso y cesación de los efectos del pacto arbitral por falta de pago de los honorarios, lo cual siempre ocurre antes de la primera audiencia de trámite.

No obstante, advierte la Sala que el requisito de procedibilidad mencionado opera sin excepciones; y en todo caso, ni en los autos 29 y 30 del 15 de septiembre de 2021 ni en el expedido el 4 de octubre de esa misma anualidad, se resolvió lo

relativo a la competencia del tribunal de arbitramento, ya que se trató sólo lo correspondiente al pago de los honorarios y la aceptación de los mismos por parte del panel; cuestión ésta que si bien fue impugnada por el Distrito de Cali, no se avenía a lo establecido en el artículo 41, penúltimo inciso, de la Ley 1563 de 2012.

El hecho de haber solicitado la cesación de los efectos del pacto arbitral en una fase procesal que no es la prevista en el indicado artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no suple de ninguna manera la carga impuesta en la citada norma, pues con posterioridad a esa petición y a su respuesta, la parte interesada tuvo la oportunidad legal para alegar la falta de competencia de manera directa, específica y oportuna, por la vía de impugnar el auto que, justamente, resolvía sobre ese presupuesto procesal que ahora refuta. Al guardar silencio, la entidad hoy recurrente no solo desatendió la imposición hecha en el artículo 41 del estatuto arbitral, sino que aceptó la facultad procesal del tribunal de arbitramento para adelantar el juicio,

permitiendo que la providencia correspondiente quedara ejecutoriada -incluso en cuanto a los efectos del pago tardío de los honorarios sobre las facultades del panel arbitral-, y así se habilitara al panel para continuar con la actuación hasta llegar al laudo.

Como lo indica la norma, se debía interponer el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia para hacer valer en esa instancia “*los motivos constitutivos*” de la causal de falta de competencia, lo que debía comprender los planteamientos relacionados con la supuesta obligación de la convocante, de pagar oportunamente el porcentaje de honorarios que le correspondía al Distrito de Cali, y la cesación del pacto arbitral por no haberse efectuado tal aporte dentro del plazo correspondiente.

Ahora, la convocante considera que con el auto del 4 de octubre de 2021 quedó superada y concluida la cuestión concerniente a la admisibilidad o no del pago de honorarios efectuado por la parte convocante y la eventual procedencia de declarar extinguidos los efectos del pacto arbitral; sin embargo, tratándose de dos decisiones diversas, ello no la eximía de la carga impuesta en el artículo 41, inciso undécimo, de la Ley 1563 de 2012, para refutar en forma directa -se insiste-, la competencia abrogada por los árbitros; regla de rango legal orientada a salvaguardar el principio de lealtad procesal de cara al recurso de anulación, así como la eficacia de la institución del arbitramento, escogida por las partes bajo el principio de habilitación o voluntariedad, protegido a su vez por la Constitución Política. En esa medida, aun cuando la parte convocada impugnó las providencias relativas a los honorarios pagados por la actora y a la no cesación de efectos del pacto arbitral, lo cierto es que no cuestionó la decisión del Tribunal de asumir competencia, permaneciendo incólume el requisito de procedibilidad del recurso extraordinario de anulación en que se invocara la causal segunda, exigencia que debía ser, en todo caso, satisfecha por el censor del laudo.

Por consiguiente, dado que en ese punto del recurso de anulación -se reitera, relativo a la supuesta falta de competencia por el no pago oportuno de los honorarios- el Distrito de Cali no cumplió con el requisito de procedencia establecido en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, ese argumento no será examinado por la Sala.

5. Improcedencia de la causal invocada como “*caducidad de la acción*”.

El artículo 42 de la Ley 1437 de 2012 establece que el juez del recurso extraordinario de anulación debe rechazar de plano la impugnación, entre otras razones, cuando las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley²⁵.

En el presente caso, y en el marco de la misma causal segunda de anulación del laudo arbitral, el Distrito de Cali también invocó la figura de la *caducidad de la*

acción, pero no para señalar su ocurrencia respecto de la demanda principal o su reforma, sino para refutar la declaratoria que de ese fenómeno se hizo en el laudo, contra la demanda de reconvención.

Frente a lo anterior, la Sala reitera en primer término que, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la causal de anulación N° 2 sólo puede invocarse si el recurrente alegó los motivos que la configuran mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia del tribunal de arbitramento. Por ello, si la parte no impugna tal proveído haciendo valer las razones referentes a la causal de caducidad, no puede invocarla posteriormente en el recurso extraordinario de anulación.

Ahora, ciertamente, quien demanda en el proceso arbitral –sea en forma primigenia o en reconvención- no está llamado a prever, frente al auto de asunción de competencia, que en el laudo se vaya a declarar la caducidad respecto de su libelo, mucho menos puede contar con elementos jurídicos para solicitar la reposición del auto aludido, siendo además la parte que justamente está interesada, en principio, en que los árbitros asuman la competencia para resolver en derecho sus pretensiones. Sin embargo, precisamente porque la causal relativa a la caducidad sólo procede para alegar la ocurrencia de ese fenómeno en el proceso y anular el laudo en que no se declaró, opera sin distinguos la regla que impone recurrir el auto

²⁵ *“La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley”.*

de asunción de competencia, para aducir desde esa fase procesal la configuración de la caducidad.

Así, para tal requisito de procedibilidad el legislador no establece excepciones, por lo que tampoco sería viable señalar que, cuando se invoca la *caducidad de la acción* con el fin de refutar su expresa declaratoria en el laudo -lo que no resulta procedente, como se verá más adelante-, el interesado está exento de la mencionada carga²⁶.

En efecto, es que el fenómeno de la caducidad se refiere al límite de tiempo que el ordenamiento impone para ejercer el derecho de acción²⁷, y reviste carácter imperativo a tal punto que, probada su ocurrencia, debe ser declarada por el juez de la causa, aún de oficio²⁸. Por ello, en lo tocante al laudo arbitral, la causal concreta de anulación consistente en la *“caducidad de la acción”*, prevista en el artículo 41,

²⁶ Sobre el mencionado requisito de procedibilidad para alegar la causal de *“caducidad de la acción”*, ha dicho la jurisprudencia: *“[C]on la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, la caducidad vino a ocupar un lugar autónomo entre las causales de anulación de laudos arbitrales, según dispone el numeral segundo del artículo 41 ibidem. Al respecto, es importante destacar el paso que dio el legislador a través del Estatuto de Arbitraje pues, anteriormente, bajo el Decreto 1818 de 1998, la*

configuración de la caducidad se formulaba con fundamento en la causal 8° del artículo 163 *idem*, esto es, haberse pronunciado el Tribunal arbitral sobre puntos no sujetos a su decisión; lo anterior, en el entendido de que por esa vía el Tribunal actuaba sin competencia dado el agotamiento del término legal para demandar, situación que viciaba las decisiones adoptadas. En vigencia de la Ley 1563 de 2012, la caducidad, al igual que la falta de competencia y de jurisdicción, fueron contenidas en la causal segunda de anulación, de modo que éstas ya no pueden alegarse con fundamento en otras causales; además, dispuso un tratamiento legal, previo y especial para alegar su configuración (...). // [B]ajo el apremio legal que impone que la causal 2 de anulación debe estar precedida de la interposición del recurso de reposición ante el mismo tribunal, concluye la Sala, de una parte, que la entidad territorial no cumplió tal requisito y en consecuencia, no es procedente analizar el cargo formulado; y, de otra parte, advierte que no se ajusta al ordenamiento jurídico postular la causal de fallo en conciencia para disfrazar la omisión en el cumplimiento de las cargas procesales, evidentemente desatendidas; por lo que la Sala declarará infundado el recurso bajo la causal aquí examinada”. (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2021, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00059-00 (66067). C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez).

²⁷ Al respecto, ha señalado la doctrina: “Impuesta por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas, la caducidad juega a ese respecto un decisivo papel, cierra toda posibilidad al debate jurisdiccional y acaba así con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición e incluso las demandas que comprometen su responsabilidad por sus hechos, omisiones, operaciones administrativas o contratos. De allí que para evitar esa incertidumbre se haya señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual no podrá la acción ejercerse (...)”. (BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Derecho procesal administrativo”, edic. 13, pág. 221. Señal Editora, Medellín, 2013).

²⁸ En tal sentido, se ha dicho: “En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. La facultad potestativa de accionar comienza con el plazo prefijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, improrrogable. El fenómeno de la caducidad de las acciones judiciales opera de pleno derecho, contiene plazos fatales no susceptibles de interrupción ni de suspensión”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente (16207), M.P.: Myriam Guerrero de Escobar). En ese mismo sentido se puede consultar, entre otras, la sentencia proferida el 30 de agosto de 2006, exp. N° expediente 15.323. Asimismo, la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, Subsección A, exp. N° 88001-23-31-000-2010-00001-01(38886), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En el mismo sentido, sentencia del 10 de marzo de 2017, Subsección B, exp. N° 25000-23-26-000-2006-01514-01(42416), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

numeral 2 de la Ley 1563 de 2012, únicamente se refiere al acaecimiento de ese fenómeno en el proceso de arbitramento, vale decir, sólo prevé la anulación del laudo cuando éste contenga decisiones de fondo sobre la controversia, pese a haber operado la caducidad en el asunto decidido²⁹.

En esa medida, ante la invocación –conforme a la ley- de la causal consistente en la caducidad de la acción, al juez de la anulación no le corresponde nada distinto a verificar que la demanda arbitral haya sido interpuesta oportunamente, y de llegar a constatar que fue extemporánea, debe declarar la prosperidad de la causal de anulación invocada. Pero a tal ejercicio sólo se llega cuando la caducidad, habiendo ocurrido, no fue declarada en el laudo arbitral que resolvió de fondo sobre las respectivas pretensiones; mientras que, en la situación inversa, es decir, cuando el tribunal de arbitramento determina la ocurrencia de la caducidad declarándolo así en el laudo, se torna inoperante la causal segunda de anulación, pues ésta no establece que el laudo adolezca de vicio por no resolver de fondo una demanda caducada³⁰.

Así entonces, la causal de anulación alusiva a la caducidad sólo puede alegarse cuando en el laudo se haya resuelto la controversia de fondo pese a la

²⁹ En ese sentido, al explicar el mencionado título de anulación del laudo arbitral, la doctrina señala: “En los procesos dispositivos, la actividad del titular del derecho sustancial o de quien afirme serlo

hace nacer el proceso en tanto que este no surge sin la impulsión inicial de parte, mas este no podrá impulsarlo en cualquier tiempo, sino dentro del término señalado por la ley. Por manera que, si el impulso inicial, esto es, la demanda contentiva de la pretensión arbitral se formula por fuera del término límite, a esa inactividad se le impone la consecuencia jurídica denominada caducidad sustancial (...). // A esta, la caducidad sustancial, se refiere la causal, pues la pretensión arbitral debe presentarse oportunamente, esto es, dentro del término establecido por la ley sustancial de cada materia (...). Bastará entonces la constatación formal u objetiva del juez de la anulación, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda arbitral y el término legal respectivo para reclamarse el derecho sustancial ante el árbitro". (MONTAÑO BEDOYA, Julia y CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. "Arbitraje Nacional", Bogotá, Ediciones del Profesional Ltda, 2017, p176).

³⁰ En relación con la caducidad como causal de anulación de laudos arbitrales, la jurisprudencia ha puntualizado: *"[l]a Sección Tercera también concluyó que extraordinariamente es posible estudiar la validez de un laudo (...) cuando un tribunal de arbitramento no se pronuncia sobre la caducidad de la acción que efectivamente se configuró, o cuando se pronuncia y expresamente la niega; porque en ambos eventos el tribunal estudia las pretensiones y se pronuncia de fondo; pero en tales casos no debió hacerlo, por haber caducado la acción. En este sentido, en la sentencia de la Sección Tercera del 18 de febrero de 2010, exp. 37.004, se expresó por primera vez que: // i) Ciertamente, uno es el evento en el cual el correspondiente tribunal de arbitramento decide proceder sin competencia –e incluso sin jurisdicción– para ello, en cuanto hubiere operado la caducidad de la acción, cuestión que obliga al juez de la anulación a anular el laudo respectivo una vez verifique que, junto con los demás requisitos propios de este medio de impugnación extraordinario, hubiere ocurrido la referida caducidad de la acción, independientemente de que el respectivo tribunal de arbitramento se haya pronunciado, o no, sobre la excepción de caducidad, toda vez que es evidente que en tal situación a ese pronunciamiento arbitral le hace falta un presupuesto indispensable: el de la competencia –y/o la jurisdicción– que debe acompañar al juez arbitral; // ii) Otro muy distinto, en cambio, es el caso en el cual, aunque en realidad no se hubiere configurado la caducidad de la acción, la misma es declarada por el respectivo tribunal de arbitramento, hipótesis en la que el juez de la anulación no puede entrar a modificar las valoraciones y las conclusiones que en ese sentido hubiesen sido adoptadas en sede arbitral, con plena competencia, aunque equivocadas, puesto que de hacerlo asumiría el papel propio de un juez de segunda instancia. Si el tribunal de arbitramento decide que ha operado la caducidad de la acción, contando con competencia para ello, ese pronunciamiento corresponde a un típico asunto in iudicando y su revisión implicaría reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros". (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 49.812, M.P. Enrique Gil Botero).*

extemporaneidad de la demanda; en tanto que el evento contrario, esto es, la declaratoria de la caducidad en el laudo cuando el interesado considera que el libelo se presentó en tiempo, no constituye causal de anulación.

Al ostentar el laudo arbitral atributos propios de la sentencia, tales como la inmutabilidad y los efectos de cosa juzgada, la decisión que pone fin al proceso de arbitramento no puede ser cuestionada por otra autoridad sino a través de los mecanismos previstos por el legislador y por los específicos y precisos motivos que éste haya establecido expresamente³¹. En ese sentido, las causales de anulación del laudo arbitral no pueden interpretarse extendiendo sus efectos a eventos no contenidos en ellas, pues son de carácter taxativo, ya que constituyen una tipificación de los supuestos concretos que dan lugar, precisamente, a que se establezca la nulidad o invalidez de la decisión³².

Por consiguiente, bajo lo establecido en el artículo 42 del estatuto arbitral, antes citado, los cargos bajo los cuales se solicite la anulación del laudo no pueden ser examinados por el juez del recurso si el hecho aducido como vicio no está tipificado taxativamente en la ley. En esa medida, y ya para el caso concreto, no hay lugar a examinar la causal referente a la caducidad de la acción, por cuanto el vicio se invocó bajo supuestos ajenos a los previstos por el legislador, lo que además conllevó a que no se cumpliera con el requisito de procedibilidad antes señalado.

6. La controversia - Problema jurídico

Hechas las anteriores salvedades se tiene que, en el presente caso, le corresponde a la Sala establecer si al laudo arbitral objeto de recurso le son atribuibles los vicios

³¹ El principio de taxatividad de las causales de anulación del laudo está previsto en el artículo 42, inciso primero, de la Ley 1563 de 2012, en cuanto establece que la autoridad judicial competente debe rechazar de plano el recurso respectivo, entre otros eventos, cuando *“las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley”*.

³² Extender los supuestos de las causales de anulación del laudo arbitral a eventos no contemplados expresamente en la ley equivaldría a vulnerar el ordenamiento y a desconocer el carácter extraordinario y excepcional del mecanismo de impugnación, así como la naturaleza dispositiva del proceso arbitral, además de incurrir el juez del recurso en una indebida extralimitación de sus poderes. Acerca de la interpretación y aplicación restrictiva de las causales de anulación de los laudos arbitrales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala: *“Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente. // Esa limitación de las facultades del juez que conoce del recurso de anulación es una clara manifestación del carácter dispositivo del proceso arbitral y constituye una garantía para las partes pues aquél no podrá pronunciarse sobre materias que éstas han acordado someter a la decisión de árbitros. De igual manera, esa limitación de las facultades del juez ordinario afirma la autonomía, independencia y sujeción a la ley de los particulares constituidos en tribunal de arbitramento”*. (Corte Constitucional. Sentencia T-136 del 20 de febrero de 2003. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias T-714 de 2013 y SU-173 de 2015).

referidos en el artículo 41, numerales 2, 7, 8 y 9 de la Ley 1563 de 2012, es decir, si el laudo debe ser anulado por haberse proferido sin competencia de los árbitros; contener decisiones no proferidas en derecho sino en conciencia, y que ese vicio sea manifiesto en el laudo; adolecer de errores aritméticos y violar el principio de congruencia por no haber resuelto sobre cuestiones sujetas al arbitramento, en específico, excepciones y alegaciones de la entidad estatal convocada.

6.1. Argumentos del recurso extraordinario de anulación

6.1.1. Falta de competencia del tribunal de arbitramento

i) En torno a la causal de anulación relativa a la falta de competencia, el impugnante reprochó en primer lugar que los árbitros se pronunciaran sobre puntos en controversia que, adujo, ya habían sido planteados en un proceso arbitral anterior que culminó con la declaratoria de extinción de los efectos del pacto respectivo, en razón del no pago de los honorarios a cargo de las partes.

Para el Distrito de Cali, tal cese de los efectos del pacto arbitral significa, de acuerdo con la norma aplicable, que no puede invocarse después la cláusula compromisoria para resolver el mismo conflicto ya cerrado con esa decisión; y con fundamento en ello aduce que, en el caso concreto, el tribunal entendió que lo indicado por la ley era que los efectos del pacto sólo se extinguirían para el proceso específico anormalmente terminado, pudiéndose revivir el debate con demanda arbitral posterior.

Señaló que los artículos 30 y 37 de la Ley 1563 de 2012, que también refieren la inoperancia futura del pacto arbitral por otras causas, disponen que en tales eventos la parte interesada cuenta con un término específico para demandar ante el juez

competente, lo que implica que el legislador estableció la figura de la extinción del pacto arbitral con el propósito de que, con posterioridad a su declaratoria, no se pudiera enjuiciar nuevamente un mismo conflicto por esa vía.

Respecto de las pretensiones que, consideró, fueron indebidamente decididas bajo tal yerro del tribunal, expuso el censor:

[E]n el Laudo el Tribunal intentó justificar su competencia en el hecho de que la obligación de pagar intereses es una obligación accesoria a la principal. Independientemente de la naturaleza de la obligación, lo determinante aquí es que el reconocimiento de intereses moratorios siempre se da ante el cumplimiento tardío de una obligación, por lo que era una pretensión de incumplimiento contractual que ya había sido formulada en proceso arbitral anterior en el cual se declaró la cesación de efectos del pacto arbitral, circunstancia que impedía al Tribunal asumir competencia para conocer de dicha pretensión. // Pese a todo lo anterior, el Tribunal se declaró competente

para conocer todas las pretensiones de la demanda, incluidas aquellas que ya habían sido formuladas en el proceso anterior, razón suficiente para declarar la nulidad del laudo arbitral impugnado.

ii) Como segundo cargo fundante de la misma causal de falta de competencia, señaló que el tribunal se había pronunciado sobre aspectos no pasibles de arbitramento, por estar resueltos en acto administrativo ejecutoriado, expedido en ejercicio de una potestad excepcional. En concreto, sostuvo que en el laudo no debió resolverse sobre el incumplimiento contractual del Distrito Capital, dado que ese tema aludía a la conducta negocial de las partes, lo cual, a su juicio, había sido materia decidida en las resoluciones de declaratoria de caducidad del contrato.

Reconoció que en el proceso no se solicitó la nulidad de dicha decisión administrativa, y que los árbitros estaban facultados para liquidar judicialmente el negocio jurídico culminado por caducidad contractual; no obstante, manifestó que aun en ese ejercicio, el tribunal debió poner en claro los límites existentes y efectuar el balance con fundamento en la resolución de declaratoria de caducidad.

Afirmó:

[A]unque es claro que los árbitros tienen competencia para realizar la liquidación judicial del contrato, si previo a la formulación de esa pretensión se declaró el incumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal en ejercicio de la facultad excepcional (...), y en la demanda se hacen solicitudes de reconocimiento que están relacionadas con el 'efecto' que el incumplimiento del contrato haya tenido para ambas partes, el Tribunal Arbitral debe ejercer su competencia para liquidar teniendo como punto de partida el acto administrativo ejecutoriado y no resolver ignorando por completo esa decisión administrativa como si la misma nunca hubiese sido proferida.

Si se trata de pretensiones en las que simplemente se pide reconocer sumas pendientes de pago como consecuencia de la ejecución contractual que no impliquen la calificación de incumplimiento contractual de las partes, podrá proceder a liquidar el contrato sin ningún tipo de limitante. Pero si, por el contrario, se trata de solicitudes de reconocimiento derivadas de la calificación de la conducta contractual de las partes (como el no pago oportuno de la remuneración pactada), deberá tomar uno de los siguientes caminos:

a.- Declararse incompetente luego de constatar que para realizar la liquidación judicial del contrato, es necesario pronunciarse sobre aspectos propios del cumplimiento del contrato que ya fueron decididos por la entidad pública en ejercicio de su poder de exorbitancia y que no puede desconocer sin afectar el carácter obligatorio de dichos actos (...).

b.- Declararse competente para liquidar el contrato: // En ese caso deberá (...)

asegurarse de que, al resolver las reclamaciones realizadas por las partes como saldos a su favor al momento de liquidar, no se desconozca lo declarado por la entidad estatal en el acto administrativo de declaratoria de caducidad. Es decir, al asumir competencia el Tribunal Arbitral debe establecer como límite a su competencia lo declarado por la entidad en el acto administrativo de caducidad (...).

Agregó que, pese a ello, el tribunal terminó resolviendo pretensiones que no tenían como único fin el balance económico del contrato, sino que implicaban calificar el cumplimiento o incumplimiento del contrato, a tal punto que los árbitros, so pretexto de determinar los “*componentes*” de la fórmula de liquidación, le reconocieron a la convocante sumas que tuvieron como causa el supuesto incumplimiento del Distrito, desconociendo así, en sentir del impugnante, “*el carácter obligatorio del acto de caducidad en el que se había declarado que fue el Contratista el que incumplió el contrato*”.

Asimismo, recalcó que la seguridad de las decisiones judiciales entrañaba la necesidad de que fuera un solo juez quien resolviera todas las controversias relacionadas con el cumplimiento de un mismo contrato, de suerte que, en el presente caso, se debió tener en cuenta que sólo cuando se conociera el resultado del proceso judicial incoado para reprochar la legalidad de la declaratoria de caducidad, sería posible establecer las consecuencias económicas del incumplimiento de cualquiera de las partes. En punto de ello, solicitó “*dar aplicación al inciso segundo del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 en el sentido de remitir el proceso al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para que resuelva las pretensiones de liquidación del contrato formuladas por ambas partes en el mismo proceso en el cual se estudia la nulidad de los actos administrativos contractuales*”.

6.1.2. Expedición de laudo en conciencia e invocación subsidiaria de la causal octava de anulación, por errores aritméticos en la providencia

En alusión a la causal séptima de anulación, relativa al laudo en conciencia, el censor formuló cuatro cargos, que se reseñarán como sigue:

i) En primer término, adujo que la decisión final de los árbitros no se adoptó en derecho porque, en lugar de hacerse un balance real del contrato, sólo se atendieron las solicitudes de la sociedad contratista, “*sin tener en cuenta las reclamaciones de la entidad estatal*”, cuando al tenor del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el corte final de cuentas del contrato debe incluir todas las obligaciones, y no únicamente el reconocimiento de las reclamaciones del contratista.

Señaló que el juez del contrato no puede liquidarlo “*sin entrar en consideraciones o juicios referidos al cumplimiento o incumplimiento de la relación contractual por parte del particular contratista*”, ni podía reconocer en ese balance, a favor del contratista, sumas por concepto de intereses moratorios, sin analizar la conducta contractual de aquel ni su incumplimiento declarado en acto administrativo en firme.

Alegó que, en el curso del proceso, el Distrito de Cali alegó y demostró con documentos idóneos haber cumplido a cabalidad con sus obligaciones contractuales y particularmente con los pagos que le correspondían, pese a no merecerlo la firma concesionaria merced a su propia inobservancia de lo pactado en las cláusulas, de suerte que era la entidad estatal la única legitimada para reclamar un desequilibrio contractual.

Describió otros pormenores de lo acontecido durante el desarrollo de la concesión y los plazos de entrega de cada hito pactado, para reiterar que no le era dable a la sociedad contratista reclamar indemnizaciones a su favor cuando estaba demostrado que había desatendido “*en un todo*” el contrato de concesión, lo cual además había quedado evidenciado en las resoluciones de declaratoria de caducidad, sin que ello hubiera sido óbice para que el Distrito pagara el 99.98% de la remuneración establecida en el acuerdo de voluntades.

ii) En segundo lugar, manifestó que el laudo también fue dictado en conciencia por haberse resuelto en él las pretensiones de la demanda sin tenerse en cuenta las pruebas “*distintas a los dictámenes periciales aportados por el demandante*”, las cuales, según su dicho, demostraban la gravedad del incumplimiento de la convocante y la consecuencial afectación sufrida por el Distrito.

En sustento de este planteamiento, sostuvo que no se había valorado el testimonio rendido por el director de interventoría, Alejandro Palacios, como tampoco las declaraciones de Karolina Hurtado Reyes, Juan Diego Flórez y Néstor Martínez, cuyo contenido resumió el censor al fundamentar la causal, insistiendo en que tales testigos dieron cuenta de los incumplimientos de Vías de Cali S.A.S. en los distintos componentes de la concesión.

De igual manera, el recurrente echó de menos la valoración del interrogatorio de parte rendido por la convocante y los dictámenes periciales practicados a instancia del Distrito, los cuales, según sus palabras, debieron ser tenidos en cuenta en la liquidación del contrato, por determinarse en ellos “*el monto de las reclamaciones de la entidad territorial*”. Entre estos dictámenes, refirió el que fue presentado con la demanda de reconvención, al igual que las experticias elaboradas durante la etapa probatoria por los profesionales Miguel Charry y Jorge Buitrago del Castillo, cuyo contenido también expuso y transcribió en el recurso.

A ese respecto, concluyó:

Es decir, existieron elementos técnicos y probatorios para determinar los incumplimientos del contratista y su valor exactos en la liquidación judicial del contrato, los cuales fueron desconocidos en forma absoluta bajo el argumento de la imposibilidad de realizar valoraciones sobre el incumplimiento del contrato. Por el contrario, al liquidar, incluyó indemnizaciones por incumplimiento a favor del Contratista (pago de intereses moratorios) sin que estuviera demostrado el incumplimiento y la mora.

iii) Como tercer cargo de la causal séptima de anulación, el censor adujo la “*aplicación indebida de la fórmula de liquidación del contrato y [la] determinación errónea de los componentes de la fórmula (...)*”.

Señaló que, si bien debía aplicarse la fórmula efectivamente pactada por las partes, el tribunal de arbitramento incurrió en “*error protuberante*” al incluir valores equivocados en los componentes de la misma y excluir los reconocimientos solicitados por el Distrito y “*probados en el proceso*”.

Expresó:

6.1.- *El Tribunal no tuvo en cuenta los montos de dinero efectivamente cancelados por el Distrito de Santiago de Cali, certificados por fiduciaria Colpatria, los cuales ascendieron a la suma de \$161.395.922.699.00. En lugar de este valor, tomó el que fue incluido en la pericia aportada por la convocante el cual fue totalmente desvirtuada y controvertida en el proceso. De este modo se alteró el primer componente de la fórmula.*

6.2.- *El Distrito solicitó al Tribunal reconocer y aceptar dentro de la fórmula de liquidación del contrato establecida en la cláusula 34, como algo incontrovertible, que el input R_{Pi} , correspondiente a la remuneración principal y soportado sobre el reporte que hace la Fiduciaria del fideicomiso en la rendición de cuentas 12 y 13 (...), ascendió a la suma de \$143.038.382.000.*

6.3.- *Inexplicablemente el Tribunal no reconoció dicho pago, a pesar de estar demostrado y acreditado probatoriamente que el contratista recibió ese monto de dinero como remuneración principal, derivado de los pagos acordados en las etapas de pre-construcción, construcción y conservación.*

6.4.- *De este modo, el cálculo realizado a folio 71 del laudo arbitral es errado, en tanto que la operación de sumar los componentes $l_i + G_{Ai}$ y restar el factor R_{Pi} , debió llevar al Tribunal Arbitral a la siguiente conclusión:*

Donde $l_i = \$132.390.122.168$

$G_{Ai} = \$3.974.794.379$

$R_{Pi} = \$143.038.382.00043$

Lo cual arrojaría el siguiente resultado:

$\$132.390.122.168 + \$3.974.794.379 - \$143.038.382.000 = \$6.673.465.453$ A favor del Distrito de Santiago de Cali (...).

6.6.- *Si a este saldo a favor del Distrito (\$6.673.465.453.00) se aplica el mismo racero que el Tribunal aplicó en el laudo arbitral a folio 72 para determinar el cálculo de intereses de mora sobre los valores históricos adeudados, sobre la suma anterior, aplicando la fórmula $1 + R_i$, con un reconocimiento de una tasa de interés del DTF + 5%, nos arrojaría el siguiente resultado:*

Con fundamento en ello, señaló que con las cuentas correctas se obtendría un saldo a favor del Distrito de Cali por la suma de \$4.704.780.960.00, y no el monto de \$20.819.531.210.00 que el tribunal estableció a favor de la concesionaria, lo que a su juicio ponía de manifiesto una “*grave equivocación en la valoración y apreciación de las pruebas que conduce a afirmar que no se trata de una decisión adoptada en derecho*”.

- . En desarrollo del mismo cargo tercero del acápite relativo al laudo en conciencia, la parte recurrente señaló que, de no considerarse configurada dicha causal de anulación, procedía declarar la ocurrencia de la causal octava, referente a la providencia que adolece de “*disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas (...)*”, toda vez que

los yerros cometidos por los árbitros en la inclusión de los valores de la liquidación debían ser considerados como errores aritméticos.

iv) Al exponer el cuarto cargo³³ de anulación referente al laudo en conciencia, el censor señaló que los árbitros “[dejaron] *de interpretar la cláusula 34 de liquidación para determinar adecuadamente los componentes de cara a las pretensiones y excepciones de las partes en el proceso y la realidad probada*”.

Señaló que la fórmula incluía la variable “PP”, correspondiente al valor de las *penas pecuniarias* causadas por la eventual declaratoria de caducidad contractual, y que, al lado de ello, el valor de la cláusula penal establecida en el contrato equivalía a \$13.181'894.203,23, no obstante lo cual, el tribunal tasó ese componente en \$0 al tener por probado que la sanción había sido pagada por la aseguradora, conclusión ésta que se fundamentó en un informe rendido por la firma “*Íntegra, Auditoría & Consultoría*” (en adelante, *Íntegra*), pero que resultaba errónea por no contener una apreciación correcta de la fórmula de liquidación.

Dijo el impugnante:

Es obvio que el factor P buscaba incluir el valor de los perjuicios sufridos por la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento, que correspondía al valor de la CLAUSULA PENAL, si la liquidación se realizaba en sede administrativa y bajo el supuesto de que no hubiese sido pagada la pena por la aseguradora.

Para la realización en sede judicial de la liquidación del contrato este ÍTEM implicaba incluir la totalidad de los perjuicios sufridos por el Distrito como consecuencia del incumplimiento del contrato. Un entendimiento distinto hace inaplicable la fórmula de liquidación en sede judicial porque impide incluir los reconocimientos de perjuicios de una de las partes en el contrato, lo cual es contrario a la naturaleza del acto de liquidación.

³³ Equivocadamente enlistado en el recurso como quinto cargo.

Agregó que, pese a ser palmario que el propósito de las partes al redactar la cláusula fue fijar reglas para liquidar el contrato en sede administrativa e incluir en la fórmula el valor de las multas y la cláusula penal, el tribunal no interpretó adecuadamente esa estipulación negocial, ya que no incorporó en las cuentas todos los perjuicios sufridos por la entidad estatal ni tomó en consideración que, al tratarse de la liquidación judicial, el componente “PP” “*debía ser entendido como los reconocimientos a favor de la entidad contratante por los incumplimientos del contratista, de lo contrario la fórmula sería inaplicable para la liquidación judicial del contrato*”.

En refuerzo de tal razonamiento, sostuvo:

Ante la evidencia de que la cláusula no podía ser aplicada en su literalidad, el juez del contrato tiene dos caminos: i) abstenerse de aplicar la fórmula que regula la liquidación por terminación anticipada en sede administrativa o, ii) aplicarla bajo el entendido de que los componentes PP y M (cláusula penal y multas) cuando se trata de liquidación judicial corresponden a los reconocimientos a favor de la entidad estatal por el incumplimiento del contrato

por parte del Contratista.

Pero dejar los componentes establecidos en la fórmula para indemnizar los perjuicios por incumplimiento a favor del Distrito de Cali es una decisión irrazonable, que causa un grave daño al patrimonio público porque distorsiona el resultado de la liquidación (...).

El Laudo también debe ser anulado por haber sido proferido en conciencia debiendo ser en derecho, pues con la decisión de no considerar los perjuicios sufridos y demostrados por el municipio se está dando respuesta al problema jurídico (liquidación del contrato) de una forma totalmente alejada del ordenamiento jurídico.

A continuación, reprochó los cálculos plasmados en el laudo sobre otras variables de la fórmula de liquidación, aunque señaló que los mismos se fundaron en valoraciones probatorias hechas por el tribunal. Tras evidenciar que en dichas tasaciones se reconocieron intereses de mora a favor de la sociedad contratista, por “pago extemporáneo”, recalcó:

En este punto (...), es evidente que se está profiriendo un laudo en conciencia debido a que se está haciendo un reconocimiento por incumplimiento contractual, sin atender los argumentos de la contraparte y sin tener en cuenta la CONDUCTA DEL CONTRATISTA. Y en nuestro ordenamiento jurídico no existe responsabilidad contractual de carácter objetivo. Siempre será menester hacer un estudio de la conducta de la parte que solicita la reparación.

Se reconoce una indemnización por incumplimiento (discretamente incluida en el componente de la fórmula de liquidación), pero se dejan de estudiar los argumentos de defensa del demandado bajo el argumento de que el tribunal no puede pronunciarse frente al incumplimiento.

Nuevamente es un laudo en conciencia porque en lugar de proferir una decisión de liquidación del contrato estatal, a partir de la determinación de quién le debe a quién y cuánto (que es lo que en derecho se debía hacer), se realizó el reconocimiento de unos valores a favor del contratista y se prescindió de considerar las reclamaciones y argumentos de la entidad estatal, con lo cual NO SE LIQUIDÓ EL CONTRATO.

La advertencia del tribunal de reconocer bajo el componente ‘Otros’ el reconocimiento de los intereses de mora por la supuesta realización de pagos o desembolsos tardíos por parte del municipio al contratista

‘independientemente de cualquier juicio de cumplimiento contractual referido al comportamiento del particular contratista’, cuestión que sí encontró ‘ajena a la competencia de los árbitros’ resulta totalmente demostrativa de un fallo en conciencia.

6.1.3. Desconocimiento del principio de congruencia

La entidad convocada también invocó la causal de anulación señalada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por considerar que el tribunal no decidió sobre “*cuestiones sujetas al arbitramento*”, en tanto se declaró sin competencia para resolver en el laudo las excepciones de “*firmeza del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato de concesión (...)*”, “*contrato no cumplido*” -según el recurso- y “*compensación*”.

Adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el principio de congruencia impone que el laudo o el fallo guarden “*estrecha identidad*” y resulten armónicos con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la parte pasiva, lo que no ocurrió en la providencia censurada por cuanto, en su sentir, aunque la actora solicitó la liquidación judicial del contrato y solicitó el reconocimiento de sumas a su favor, el Distrito se opuso a tal solicitud debido al incumplimiento grave de la concesión por parte de Vías de Cali S.A.S., lo que fue

declarado en las resoluciones que dispusieron la caducidad del negocio jurídico.

Después de volver a reprochar que el tribunal se declarara competente para conocer de toda la materia puesta en litigio, señaló que fue indebida la decisión adoptada en el laudo, de conceder únicamente las pretensiones formuladas por la convocante, sin considerar las pretensiones ni los argumentos esbozados por el Distrito en la demanda de reconvención, así como la de declarar la incompetencia de los árbitros para resolver las excepciones antes mencionadas.

En palabras del censor, los indicados medios exceptivos *“necesariamente debían ser estudiados por el tribunal”*, por cuanto ello era indispensable para liquidar el negocio jurídico y determinar, en ese ejercicio, *“quién le debe a quién y cuánto”*.

Reiteró que la liquidación judicial del contrato debía hacerse con base en la declaratoria de caducidad hecha por el Distrito de Cali, por cuanto *“solo de esta manera”* se respetaba la limitación a la competencia de los árbitros, circunscrita *“a los efectos de dichos actos y no a su legalidad”*.

Con base en tal argumento, sostuvo que el tribunal no podía resolver en forma congruente la controversia si no estudiaba los planteamientos y reclamaciones *“de ambas partes”*, incluyendo los expuestos en los actos administrativos previos e inherentes al balance final de cuentas.

El principio de congruencia (consonancia entre lo dado y lo pedido) garantiza también el derecho de acción del demandado, que consiste en la posibilidad que tiene el demandado de defender sus intereses y realizar solicitudes al juez como oposición a las pretensiones del demandante. El profesor Hernán Fabio López Blanco sobre este concepto básico del derecho procesal, precisa: ‘Así como el demandante puede ejercer su derecho de acción formulando ante el Estado determinadas pretensiones para que éste las resuelva respecto de un demandado, también el demandado puede, dentro del proceso al cual ha sido citado, formular peticiones al Estado, concretamente al juez para defender sus intereses y contrarrestar las pretensiones del demandante. El derecho que tiene el demandado a pedir al Estado en defensa de sus intereses se denomina derecho de contradicción y se concreta a través de las excepciones perentorias, que son el equivalente a las pretensiones del demandante en lo que a la naturaleza jurídica del derecho que las soporta se refiere’.

En este caso la decisión del tribunal de no resolver las excepciones de ‘FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARÓ LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 4151.1.14.26.005-10’ y la ‘EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO’, y la omisión de pronunciamiento alguno frente a la excepción sexta de ‘COMPENSACIÓN’, vulneran de manera flagrante ese derecho de contradicción, en la medida que el juez del contrato, en este caso el Tribunal Arbitral, al asumir la competencia para realizar la liquidación del contrato estaba obligado a resolver las pretensiones del demandante en las que pidió al juez reconocer las sumas que creía le debía la entidad estatal como consecuencia de la ejecución del contrato, junto con las excepciones del demandado, en las que formuló sus propias pretensiones vía excepción (...), en las que pidió al juez liquidar el contrato teniendo en cuenta también los perjuicios y la afectación que al balance financiero y a las finanzas públicas le causó el incumplimiento del contratista.

6.2. Oposición de la convocante

La sociedad Vías de Cali S.A.S. se opuso a los argumentos y solicitudes del recurso

de anulación aduciendo, en primer término, que el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no se cumplió para todos los cargos esbozados por el Distrito como fundamento de la causal segunda.

Con respecto a la falta de competencia aducida por el censor, la actora señaló que el pacto arbitral convenido por las partes no estaba extinto para el presente caso, ya que el asunto sometido a juicio era diferente al que había sido materia de controversia en el arbitramento anterior, en particular porque en 2015, cuando inició esa primigenia actuación, el contrato de concesión aún estaba vigente y las pretensiones de ese entonces aludían a hechos concernientes a su ejecución, mientras que en el laudo hoy recurrido, el tema central de la causa era la liquidación judicial del negocio jurídico, acto éste que es siempre posterior a su culminación, y para el cual estaba plenamente habilitado el tribunal de arbitramento.

Señaló que de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en el acta de liquidación deben constar todos los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poder declararse a paz y salvo, razón por que debían incluirse en ese ejercicio todos los pagos adeudados a la contratista, de suerte que los árbitros sí tenían la competencia para establecer los saldos favorables a la convocante.

Consideró equivocada la premisa del recurrente, de que el tribunal “*no respetó*” los actos administrativos en que el Distrito declaró la caducidad del contrato, y sostuvo que, por el contrario, en aplicación de la presunción de legalidad que revestía tal decisión, se acogieron en el laudo las motivaciones expuestas por la entidad estatal en las resoluciones, y en tal virtud, se dispuso no hacer pronunciamiento alguno sobre “*la magnitud o alcance del incumplimiento contractual*” declarado por la Administración. Bajo esa línea agregó que, la inclusión de saldos a favor de la contratista en la liquidación del contrato no desconocía lo decidido en los actos administrativos, ya que el ejercicio hecho por el tribunal fue sólo un balance económico en el que se empleó la fórmula establecida en el contrato; y asimismo, los actos administrativos de caducidad no contenían decisiones atinentes al cumplimiento o incumplimiento del Distrito, por lo que esta última cuestión sí podía ser tomada en cuenta por los árbitros en el momento de liquidar el negocio jurídico.

Defendió la validez de las decisiones adoptadas en el laudo respecto de la demanda de reconvención y las excepciones formuladas por el Distrito de Cali, señalando que en el proveído no se desatendió el principio de congruencia.

De igual manera, manifestó que el laudo había sido proferido en derecho y no en conciencia, como lo alegó la convocada, pues el mismo se soportó en las pruebas conducentes aportadas al proceso, incluyendo los dictámenes periciales que en él se rindieron.

Agregó que, si bien el censor echó de menos la valoración de los testimonios de los profesionales Alejandro Palacios, Karolina Hurtado Reyes y Juan Diego Flórez, Néstor Martínez, no es menos cierto que los mismos concernían a hechos ya decididos por la Administración en los actos de declaratoria de caducidad del contrato, por lo que el tribunal precisó en el laudo que no haría pronunciamientos al respecto.

Señaló:

Claramente, el Tribunal señaló en el punto 1.3 de la parte considerativa del laudo arbitral que en cumplimiento de los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato, es decir respetando su contenido no se pronunciaría sobre ellos y ni siquiera se pronunciaría en lo que atañe o corresponde a la magnitud o alcance del incumplimiento contractual que sirvió de base o fundamento para que la Administración hubiese tomado esta determinación, por

lo tanto no era necesario entrar a estudiar cada uno de los testimonios arriba señalados.

Refutó los restantes cargos del recurso sobre la base general de que con ellos la convocada sólo se encaminó a controvertir el análisis de fondo hecho por los árbitros, no siendo tal elemento pasible de control alguno por el juez de la anulación.

6.3. Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio sobre el recurso extraordinario de anulación.

6.4. Motivaciones y decisiones del laudo

-. El tribunal comenzó por reconocer que entre las mismas partes de la contienda sujeta a su consideración se había tramitado un proceso arbitral anterior que culminó con auto dictado el 24 de noviembre de 2016, en que se declararon extintos los efectos del respectivo pacto arbitral, para ese caso específico. Sin embargo señaló que, no obstante esa comprobada circunstancia, la determinación tomada por el anterior panel de árbitros no afectaba la vigencia -ya en el juicio ulterior- de la cláusula compromisoria celebrada por las partes, no sólo porque la determinación del primer tribunal fue *extintiva* sólo frente a ese proceso en concreto, de modo que las partes podían promover un nuevo juicio arbitral por conflictos surgidos del mismo negocio jurídico, sino también porque las reclamaciones formuladas en la demanda del proceso primigenio -que resumió en la providencia- eran diferentes e independientes de las pretensiones de la demanda que procedía a resolver en el laudo hoy censurado, en particular porque éstas últimas aludían a la liquidación del contrato, cuestión que necesariamente era posterior a la terminación del mismo, mientras que aquellas referían a aspectos propios de la etapa de ejecución del negocio jurídico.

En este punto, con respecto a la solicitud de intereses moratorios incluida en la demanda arbitral de 2015, y la necesidad de calcular intereses en la liquidación judicial solicitada en el proceso actual, señalaron los árbitros:

Tan cierto es lo anterior que ni siquiera lo pretendido por concepto de intereses en las dos demandas objeto de análisis puede entenderse como duplicidad o réplica de dicho pedimento en una y otra reclamación. Es decir, pese a que en ambas demandas se plantearon pretensiones de reconocimiento y condena por concepto de intereses, cuestión que bajo un entendimiento exegético o simplemente literal podría generar confusiones por una posible reiteración de esta pretensión en el presente proceso, hay lugar a precisar que los intereses - remuneratorios o moratorios- tienen naturaleza accesorio, de ahí que su causación dependerá en todo caso de la suerte que corra la deuda principal en un proceso judicial.

Entonces, si la deuda de intereses es accesorio de una obligación principal, es menester concluir en el sub examine que la deuda principal reclamada por la

convocante en su demanda arbitral reformada de enero de 2021 es diametralmente distinta a la obligación principal que fue objeto de pretensión en la demanda correspondiente al proceso arbitral tramitado entre 2015 y 2016, de ahí que no pueda colegirse que lo pedido a título de intereses en esta ocasión por Vías de Cali corresponda a una réplica o duplicidad de pretensiones formuladas en su reclamación judicial anterior.

Refirió igualmente la necesidad de atender el denominado *principio pro-arbitraje*, de modo que, a su juicio, cualquier interpretación del pacto arbitral debía resolverse bajo la premisa de mantener su plena vigencia y aplicación.

Fundándose en tales consideraciones, el tribunal reiteró que era competente para conocer del asunto en cuestión, y que la cláusula compromisorio se encontraba vigente para esos efectos, sin que el proceso actual quedara afectado con la extinción decretada en el arbitramento anterior.

- En torno a la existencia de las Resoluciones 4151.0.21.0137 y 4151.0.21.0139 de 2017³⁴, en que se declaró y confirmó la caducidad del contrato materia de liquidación judicial, los árbitros recalcaron que el estudio de las pretensiones de la demanda y la decisión sobre las mismas no suponía ningún examen de legalidad de tales actos administrativos, por lo cual, según lo adujeron, no se emitiría pronunciamiento alguno al respecto, como tampoco sobre la conducta contractual de las partes. En punto de ello, y con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, defendieron el carácter arbitrable de la liquidación del contrato y señalaron que dicho balance era, únicamente, consecuencial a la declaratoria de caducidad, por ser un efecto económico de ésta.

- A fin de abordar el examen de fondo de la controversia, el tribunal partió de reiterar que el estudio del asunto recaería sobre la liquidación del contrato de concesión N° 4151.1.14.26.005-10 de 2010 y sobre *“las controversias que, en particular, se han suscitado entre las partes”*, con base en lo expuesto en la demanda arbitral reformada y en las excepciones propuestas por el Distrito de Cali.

Seguidamente, recalcó que las partes establecieron de común acuerdo, en la cláusula 34 contractual, el método y los parámetros de liquidación que debían aplicarse cuando la concesión terminara anticipadamente, disponiendo que para ese efecto se emplearía la fórmula allí prevista, que fue transcrita en el laudo, así:

Si en el transcurso de estas etapas, se presenta la Terminación Anticipada del presente Contrato, el Municipio pagará al Concesionario el monto P, según la fórmula siguiente:

³⁴ Ambas fechadas el 16 de febrero de ese año.

Si el monto P resulta negativo, el pago deberá hacerse por el Concesionario a favor del Municipio.

A continuación, el panel recalcó que las operaciones hechas con esa fórmula no entrañarían juicio alguno sobre el cumplimiento o incumplimiento de las partes, dado que ninguno de los elementos señalados en la cláusula 34 requerían análisis a ese respecto. Asimismo subrayó que, en el dictamen pericial aportado por el Distrito de Cali, se precisó y explicó el indicado método de liquidación fijado por los firmantes del contrato, y que los componentes de la ecuación respectiva no estaban sujetos al reconocimiento proporcional ni directo de las actividades ejecutadas por la contratista ni a porcentajes de cumplimiento, sino que correspondían a *“variables de orden financiero, sustentadas en las condiciones que de este tipo consideraron las partes para realizar la liquidación en comento”*.

Refirió el contenido del informe de interventoría rendido el 17 de noviembre de 2017, que precisó que el avance de la obra estaba siendo medido en metros cuadrados, por lo que no había una relación *“directamente proporcional”* entre porcentaje pagado y porcentaje ejecutado, razón por la cual la interventoría, *“entre los meses de noviembre 2016 a febrero 2017, fecha en que se declaró la caducidad del contrato”*, procedió a cuantificar el valor de la obra faltante a precios de 2016.

Con fundamento en ese informe, indicó el panel arbitral:

[C]omo el avance de la obra no se controló ni verificó (...) bajo un parámetro de proporcionalidad entre lo pagado y lo ejecutado, ninguna consideración se tendrá en cuenta para llevar a cabo la liquidación judicial, en cuanto al porcentaje (%) de obra ejecutada o al porcentaje (%) (...) que hubiese alcanzado la ejecución [de los demás componentes] del proyecto concesional (...).

Por lo anterior, para la liquidación del Contrato de Concesión y al amparo de lo estipulado en la cláusula 34, el Tribunal de Arbitraje sustentará sus cálculos en las variables de ‘inversión’ y ‘pagos efectivamente entregados y depositados’ que presentan los informes de pericia allegados al proceso por ambas partes, sin que resulte determinante para estos efectos el porcentaje (%) de ejecución que se hubiere verificado y constatado por la firma interventora y por los expertos que rindieron sus informes en el marco del presente trámite arbitral.

A continuación, coligió de los dictámenes obrantes en la causa –mencionando tanto el que fue acompañado con la demanda como el aportado por el Distrito de Cali– que la primera parte de la fórmula de liquidación concernía a la actualización del valor de la inversión y de los gastos hechos por la concesionaria, menos los pagos recibidos por ésta, mientras que la segunda parte aludía al monto de las penas pecuniarias causadas y a las multas pendientes de pago, así como a *“los otros conceptos adeudados por el Municipio”*. Igualmente, precisó que la variable *“I”*

correspondía a las inversiones hechas por la contratista, en el mes y a pesos del mes, por conceptos de predios, interventoría, diseños y obras de construcción.

Señaló que la firma *Íntegra*, autora del peritaje aportado por la convocante, indicó como valor de dichas inversiones la suma de \$132.493'146.130, mientras que el perito Julio Villarreal, quien elaboró el dictamen aportado por el Distrito, concluyó que ese concepto ascendía a los \$132.491'186.130. Tras apreciar mínima tal disimilitud de cifras, tomó para la liquidación la obtenida por *Íntegra*, por considerar que no había sido desvirtuada por el segundo dictamen, dado que en éste el perito Villarreal *“simplemente indicó (...) que no encontraba una trazabilidad de la información consignada en los datos de Íntegra ni evidenciaba la fuente de dicha información”*.

En cuanto al componente denominado *“GAi”*, referente a los gastos de administración, subrayó lo establecido en el contrato de concesión, en cuanto a que no podrían sobrepasar, en ningún caso, el 3% del valor de la inversión; y concluyó que, según la experticia de *Íntegra*, la sociedad Vías de Cali S.A.S. había efectuado gastos *“de ese tipo”* por la suma de \$3.974'794.379.

Dicho lo anterior, determinó que, de conformidad con la fórmula pactada en el contrato, debían sumarse los componentes *“Ii”* y *“GAi”*, para luego restarle al resultado el componente *“RPI”*, alusivo a los pagos efectivamente realizados por el municipio de Cali, los cuales, según el dictamen de *Íntegra*, completaron el monto de \$132.390'122.168.

Acotó el tribunal que, efectuada la mencionada operación de la *“primera parte de la fórmula”*, se obtenía un *“valor histórico”* de \$4.077'818.342, por concepto de saldo adeudado por el municipio de Cali a favor de la contratista; suma sobre la cual debían calcularse los intereses de mora previstos en la misma ecuación fijada en el contrato, es decir, a la tasa del DTF + 5%.

Expuso:

El siguiente componente (...) que trae la fórmula de liquidación es el denominado '1+Ri' que atañe al cálculo de intereses de mora sobre los valores históricos adeudados (...) mediante el reconocimiento de una tasa de interés del DTF + 5% (...).

Lo anterior coincide con lo expuesto frente a este mismo factor por parte del perito Julio Villarreal, quien explica lo atinente a este componente en los siguientes términos (...):

'[L]a tasa de interés que reconoce los pagos tardíos y/o anticipados que el Municipio realizó al Concesionario, y a su vez las inversiones tardías y/o anticipadas que el Concesionario realizó en el tiempo, es la tasa 'ri', que resulta de contemplar la DTF expresada en términos efectivos anuales más un cinco por ciento (5%), y llevándolo a una temporalidad efectiva mensual para contemplar el valor del dinero (...) cifras de dinero que se encuentran en distintos momentos de tiempo, y comparándolas un (sic) tiempo de referencia, que para este caso sería la fecha de terminación anticipada'.

Agregó que, de conformidad con el mismo dictamen rendido por el experto Julio

Villarreal, la fórmula contemplaba una actualización de cada uno de los valores correspondientes a cada mes, a la fecha de terminación anticipada del contrato, lo que se evidenciaba con el componente “ $(1+ri)$ ”, integrado en la ecuación acordada por las partes.

Señaló:

El perito [Julio Villarreal] observa que el elemento ‘ri’ está definido de acuerdo a la cláusula por lo siguiente:

Donde,

n: Mes en que se produce la liquidación del Contrato, contado a partir de la iniciación de la ejecución del Contrato.

DTF,m: Corresponde a la DTF del mes anterior al mes ‘i’, expresado en términos efectivos anuales.

Entonces, como el valor histórico adeudado por el Municipio de Santiago de Cali asciende a la suma de \$4.077’818.342, es sobre esta cifra que procede la aplicación del componente $1+Ri$, según lo exponen los peritajes de Íntegra y del doctor Villarreal. Y este factor $1+Ri$ tiene como consecuencia la actualización del mencionado valor histórico con el reconocimiento de una tasa de interés del DTF efectivo anual del mes anterior más una adicional del cinco por ciento (5%), operación que arroja el siguiente resultado a la fecha del laudo arbitral:

Partiendo de ello, concluyó el tribunal que la primera parte de la fórmula de liquidación, correspondiente al valor histórico actualizado de la inversión, gastos y los pagos recibidos por la concesionaria, equivalía a la suma de \$20.819’531.210.

Prosiguiendo con la liquidación, refirió que la segunda parte de la fórmula contenía el componente “PP”, que debía entenderse a la luz del contrato como la *“pena pecuniaria causada en el evento de declararse la caducidad del Contrato (...), en pesos del momento de la liquidación”*.

Manifestó que si bien las Resoluciones 4151.0.21.0137 y 4151.0.21.0139 de 2017, en las que se declaró y confirmó la caducidad de la concesión, impusieron una pena de \$13.181’894.203,23 a cargo de Vías de Cali S.A.S., estaba demostrado que ese monto había sido pagado *“con cargo a las pólizas de seguro que en su momento constituyó [la concesionaria]”* a favor del municipio contratante, por lo cual, en criterio del panel, no había lugar a considerar dicho factor en los cálculos de la liquidación judicial, o bien, debía asignársele a esa variable un valor de \$0, por no existir, a su juicio, *“deuda alguna atribuible en este momento a la sociedad Vías de Cali, a título de cláusula penal pecuniaria”*.

En cuanto a la variable “M”, atinente a las multas, el tribunal evidenció que no existía reporte ni prueba alguna de que la concesionaria tuviera pendiente el pago de obligaciones por ese concepto, por lo que también le asignó el valor de \$0.

Pasó el tribunal a despejar la última parte de la fórmula, destacando que el

componente “O” correspondía a las obligaciones vigentes a cargo de la entidad estatal, y que su cálculo debía hacerse con la ecuación “ROR + Otras”, consistiendo la primera variable en la “remuneración por obras para redes pendientes de pago por parte del municipio (...)” y la segunda, en las “otras cuentas pendientes de pago por parte del municipio de Santiago de Cali a Vías S.A.S.”.

Frente a ello, advirtió:

Sin que el presente análisis corresponda a un juicio de cumplimiento negocial del contratista, aspecto que fue abordado por el municipio de Santiago de Cali al resolver sobre la declaratoria de caducidad (...), es menester que en este punto el Tribunal de Arbitraje determine si a la fecha existen o no pendientes de pago por parte de la entidad pública contratante y que puedan contemplarse en los componentes estudiados, que atañen al factor de la (O).

Lo primero que se evidencia a este respecto es que, de acuerdo con el entendimiento dado al input (ROR), debe establecerse si por obras ejecutadas para la construcción de las redes del proyecto hay valores pendientes por pagar en favor de la sociedad concesionaria. Para estos efectos debe tenerse en cuenta que uno de los aspectos definidos en el objeto contractual del Contrato de Concesión N° 4151.1.14.26.005-10 de 2020 correspondió precisamente a la ejecución de obras para redes en el proyecto (...), las cuales (...) serían reconocidas y pagadas a la sociedad Vías de Cali mensualmente, por cantidades efectivamente ejecutadas y a precios unitarios. De esta forma, el valor a asignar al factor (ROR) debe corresponder a la ejecución efectiva de Obras para Redes y, puntualmente, a los valores que por este concepto se encuentren pendientes de pago por parte del Municipio de Santiago de Cali a la fecha del Laudo Arbitral.

Con respaldo en tal premisa, afirmó que en el proceso debía establecerse si durante la concesión se adelantaron “obras para redes” que el municipio no hubiera pagado, para lo cual examinó el peritaje rendido por el experto financiero Jorge Eduardo Buitrago Díaz del Castillo³⁵, designado por el panel de árbitros, así como el informe entregado por la interventoría del contrato el 17 de agosto de 2017, en el que se estableció, según el laudo, que “la sociedad concesionaria ejecutó obras o actividades constructivas de este tipo (Obras para Redes), así:”

³⁵ En lo atinente a las obras para redes, supuestamente ejecutadas por Vías de Cali S.A.S., el dictamen pericial referido en este punto por los árbitros, señalaba lo siguiente: “De acuerdo con los reportes de la Fiduciaria, durante la etapa de Construcción, los aportes del Municipio ascendieron a \$68.160.985.000, valor que es importante precisar, no incluye los aportes para Redes de Servicios Públicos, los cuales relaciona en el informe de rendición de cuentas No.12 del 30 de abril del 2017 (...), sin discriminar en qué etapa se aportaron (...). // Ahora bien, dado que la Fiduciaria no detalla los pagos hechos mes a mes para Redes de Servicios Públicos, los cuales representan igualmente aportes del Municipio, para efectos de calcular dichos aportes e incluirlos en los cálculos adelantados en el presente Dictamen, se procedió a cuantificar con base en los informes de Interventoría, los valores remunerados al Concesionario por dichos conceptos, por cada obra y en cada periodo”. Todo lo anterior, como respuesta al requerimiento hecho en el decreto de la prueba, consistente en “Cuantificar la inversión hecha por el MUNICIPIO para todos los meses desde la fecha de inicio del acta de Etapa de Construcción hasta la fecha de terminación del Contrato de Concesión”.

A continuación, señaló que el dictamen de la firma *Íntegra* permitía evidenciar que el municipio de Cali adeudaba a la sociedad convocante el pago de “actividades ejecutadas a título de Obras para Redes”, conclusión que -refirió- también fue esbozada por el perito Julio Villarreal “en la página 56 de su experticia”³⁶, de

suerte que era palmario que el componente (*ROR*) sí tendría en la liquidación una cifra “*probada y soportada pericialmente*”. Con todo, advirtió que si bien el perito Julio Villarreal indicó por ese concepto el monto de \$6.447’339.553, no se expuso el basamento financiero de tal conclusión, por lo que en el cálculo respectivo tomaría las cifras señaladas por *Íntegra*, esto es, \$1.512’856.076 como monto del capital por obras de redes ejecutadas y no pagadas, y \$2.324’667.255 por concepto de intereses.

Con base en los mencionados datos, establecieron los árbitros:

Considerando entonces que la firma Íntegra calculó (...) los intereses de mora (...) sobre el valor adeudado a título de Obras para Redes, se encuentra probada la causación de estos intereses -para la fecha del Laudo- en la suma de \$2.913’794.516, así:

Como paso siguiente, el tribunal sumó los anteriores conceptos, de lo cual obtuvo un monto de \$4.426’650.592, como valor del componente ‘*ROR*’.

En relación con la variable “*Otras*”, -referente a otras obligaciones económicas del municipio, pendientes de cumplimiento-, tuvo por demostrado que durante la ejecución del negocio jurídico hubo pagos que la entidad estatal realizó de manera tardía, por no atender las fechas y plazos establecidos en el contrato. En sustento de ello, adujo que el dictamen pericial rendido por el ingeniero civil Miguel Octavio Charry Rodríguez daba cuenta de los depósitos efectuados por el municipio en las diferentes subcuentas del contrato, y del carácter extemporáneo de tales abonos, además de haberse efectuado algunos de ellos en forma fraccionada. De dicha experticia reprodujo el tribunal el recuadro expuesto por el perito, y contentivo de un “*resumen de pagos programados como remuneración del contrato y pagos*

³⁶ En esa parte de la aludida prueba pericial, el profesional afirmó que, en la expresión de la fórmula “*O = ROR + Otras*”, “*el valor de la variable ‘ROR’ corresponde a los pagos pendientes que tiene el Municipio con el concesionario por concepto de las obras para redes*”, y que ese valor era de \$6.447’339.553, suma que fue desestimada por el tribunal por no haberse sustentado en forma alguna ni haberse señalado la operación de matemática financiera que arrojaba ese resultado.

realizados por el municipio”; en él se compararon las fechas de vencimiento de los pagos previstos con los días en que se verificó cada uno de ellos, así como el valor de cada remuneración frente a la suma efectivamente pagada por el ente estatal.

El tribunal señaló que, tanto los pagos extemporáneos como los fraccionamientos en que incurrió el municipio fueron objeto de estudio en el dictamen de *Íntegra*, para las etapas de *construcción y conservación* previstas en el contrato. En punto de ello, subrayó:

Es cierto y así está demostrado en los resultados y conclusiones contenidas en el dictamen rendido por (...) Íntegra que, al evidenciarse el retardo en los desembolsos prometidos por el Municipio de Santiago de Cali durante las etapas de construcción y conservación, se causó un valor a pagar en favor del

concesionario, correspondiente a los intereses de mora (...). Entonces, el resultado de este análisis corresponde al componente (Otras) de la variable (O) de la fórmula prevista por las partes (...).

Como puede advertirse, independientemente de cualquier juicio de cumplimiento contractual referido al comportamiento del particular contratista - cuestión que resulta ajena a la competencia de los árbitros-, está probado en el proceso que el Municipio de Santiago de Cali realizó desembolsos de manera extemporánea durante las etapas de construcción y conservación (...). Por tanto, el cálculo de los intereses de mora correspondientes a los períodos o tiempos de retardo en estos pagos constituyen cuentas pendientes de pago por parte de la contratante, según lo previsto a este respecto en la fórmula de liquidación para el componente (Otras).

Precisó que, si bien la variable *RPI* de la fórmula de liquidación también aludía al reconocimiento de intereses de mora, éstos en específico se calculaban sobre el valor histórico adeudado por la entidad estatal, mientras que los intereses de la variable “Otras” se habían causado sobre las sumas extemporáneamente pagadas por el municipio, en las fases de construcción y conservación.

Procedieron los árbitros a calcular, por consiguiente, la mencionada variable “Otras” con la tasa del DTF + 5% y dispusieron reconocer, sobre el resultado obtenido, “*intereses de mora liquidados a la fecha del laudo arbitral (...), también de acuerdo con el DTF + 5%*”, tomando como base para todo lo anterior los datos expuestos en el dictamen de *Íntegra*. De esta manera, el tribunal obtuvo como resultado para el componente “Otras”, la suma de \$13.073'719.589.

Con todos los aludidos datos así obtenidos, el panel expuso los resultados de la fórmula de liquidación, así:

Frente a tal resultado, precisó:

[P]ara el caso concreto (...), ningún otro reconocimiento económico distinto al factor (P) procede en favor de la parte convocante, entendiéndose que el valor resultante de la liquidación aplicada conforme a la cláusula 34 del texto contractual contiene el componente de capital, en lo pertinente, así como el cálculo de los intereses de mora según corresponde para cada caso, esto es, de acuerdo con la explicación y fundamento expuesto por el Tribunal de Arbitraje en los distintos inputs de la fórmula, liquidados a la fecha del Laudo Arbitral.

Así entonces, el tribunal de arbitramento presentó la liquidación judicial del contrato de concesión, como sigue:

Con fundamento en este balance, dispusieron los árbitros condenar al Distrito de Cali a pagar a la sociedad convocante el valor resultante de la liquidación, reiterando que había sido efectuada con base en la fórmula pactada en la cláusula 34 del contrato de concesión; por lo demás, señalaron que denegarían las restantes pretensiones de la demanda.

Agregó el tribunal:

[S]e tendrá por demostrada parcialmente la excepción (...) 'sobre la pretensión de condena de sobrecostos a favor de Vías de Cali S.A.S.-pretensión quinta', comoquiera que los reconocimientos económicos que declarará el Tribunal de Arbitraje en el caso concreto corresponden, única y exclusivamente, al resultado de la aplicación de la fórmula (...) estipulada (...) y no prevé variable alguna para el reconocimiento y pago de 'sobrecostos' propiamente dichos; (...) iii) tratándose de la excepción 3, 'excepción de contrato no cumplido' (...), habrá de tenerse por no demostrada en atención a que, luego de desagregar la fórmula de liquidación (...) y aplicar sus componentes en el caso concreto, el Tribunal de Arbitraje

constató que ninguno de estos aspectos dio lugar o significó la realización de juicios de incumplimiento contractual atribuible al particular contratista, aunado a que este aspecto en particular fue objeto de valoración y decisión por parte de la Administración al declarar la caducidad del Contrato de Concesión, de ahí que - se reitera- no era procedente estudiar el comportamiento contractual de Vías de Cali S.A.S., pues la liquidación judicial del contrato y los reconocimientos que a raíz de este acto liquidatorio se decretan en favor de la concesionaria, no dependían ni estaban sujetos al análisis de incumplimientos contractuales (...).

6.4. Análisis de la Sala

a) La causal de falta de competencia

El artículo 116 de la Constitución Política prevé que los particulares pueden ser investidos temporalmente de la función de administrar justicia en una causa específica, por expresa voluntad de las partes involucradas en la controversia, siempre y cuando ésta verse sobre asuntos de libre disposición o autorizados por la ley -art. 1º, Ley 1563 de 2012-; de tal manera, dichos particulares adquieren, merced a su condición de árbitros, jurisdicción temporal para impartir justicia en un determinado litigio, resuelto el cual, habrá de desaparecer dicha facultad de jurisdicción.

Ahora, ese ejercicio jurisdiccional por parte de los árbitros, además de estar sujeto a la voluntad de las partes que acuerdan renunciar a la justicia estatal para encargar a un tribunal arbitral la solución de sus litigios, se enmarca en lo expresamente acordado por ellas en el pacto arbitral, el cual puede consistir en una cláusula compromisoria incluida en un contrato y encaminada a dirimir las controversias que puedan surgir a futuro en el marco de esa relación contractual, o en un *compromiso*, así denominado el acuerdo de voluntades que se suscribe una vez surgida la controversia, para someterla a la decisión de árbitros.

Igualmente, la competencia de los árbitros se halla circunscrita a lo que, dentro del marco de lo estipulado en el pacto arbitral, las partes expresamente aduzcan como

pretensiones y excepciones en la demanda arbitral y su contestación³⁷.

Aparte de los anteriores límites a la actuación de los árbitros, dado que son verdaderos jueces en su causa, de ellos se predicen las mismas potestades y prerrogativas de aquellos que hacen parte de la Rama Judicial, razón por la cual deben ejercerlas en el proceso arbitral siempre que precisen de ello para dilucidar

³⁷ Sobre esta materia específica, ha señalado la Corte Constitucional: *“Una consecuencia trascendental del principio de voluntariedad del arbitramento es el carácter transitorio y limitado de las funciones jurisdiccionales conferidas a los árbitros. En efecto, la competencia de los árbitros está estrictamente limitada a la materia que las partes hayan acordado someter a decisión del Tribunal de Arbitramento. De ese modo, una vez se resuelve la controversia, los árbitros pierden sus facultades para impartir justicia, ya que desaparece la razón de ser de su habilitación”*. (Sentencia T-511 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio).

el conflicto; por tanto, les corresponde resolver sobre todo aquello que, si bien no fue expresamente pedido por las partes, abre paso a las facultades oficiosas que le corresponde ejercer a todo juez.

De todo lo anterior se desprende que la causal de anulación de *falta de competencia [de los árbitros]* se configura cuando el laudo ha sido proferido sin la concurrencia de los factores objetivo y subjetivo que conforme a la ley y al pacto respectivo debían habilitar a los árbitros para adelantar el trámite y adoptar la decisión; factores que se concretan, precisamente, en que el litigio recaiga sobre derechos y elementos de libre disposición, que lo solicitado en la demanda arbitral corresponda a lo previsto por las partes en el mismo pacto y que éste se encuentre formal y materialmente vigente.

A propósito de este último requisito y, de cara al primer cargo que en el caso concreto formuló la parte recurrente -lo que será expuesto y estudiado por la Sala más adelante-, se parte por señalar que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre materias específicas que hayan sido llevadas formalmente a un proceso de arbitramento anterior, en el que se haya declarado la extinción de los efectos del correspondiente pacto arbitral. Así, ciertamente, de un mismo contrato estatal pueden surgir múltiples controversias, en diferentes etapas de su vigencia; y extinguido el pacto arbitral frente a una o más de ellas, permanece incólume, sin embargo, para las contiendas que surjan con posterioridad. Con todo, aquellas discrepancias incluidas en una demanda arbitral que no llegue a ser resuelta en laudo por haberse declarado la extinción de los efectos del pacto respectivo quedan excluidas de la posibilidad de volver a ser enjuiciadas en sede de arbitramento.

En efecto, la Ley 1563 de 2012 impone a los árbitros declarar extintos los efectos del pacto arbitral en determinados eventos³⁸, lo que implica que, para tales casos

o

³⁸ **“Artículo 27. Oportunidad para la consignación.** En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda (...). // Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso”.

“Artículo 30. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, **para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente**” (Destaca la Sala).

“Artículo 36. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto (...). // Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de

supuestos establecidos por el legislador, la voluntad de las partes, declarada en la cláusula compromisoria o el compromiso extinto, ya no puede llevarse a término con un nuevo juicio arbitral sobre la misma causa³⁹. Ello se desprende del tenor literal y de la interpretación de las normas que establecen tal consecuencia, en tanto algunas de ellas disponen, además, la no interrupción de los términos de prescripción y caducidad para dichos pleitos, salvo cuando se presente demanda ante el juez competente dentro de los veinte días hábiles siguientes a la indicada declaratoria de extinción de los efectos del pacto.

Para el caso de cesación de dichos efectos por no pago de los honorarios de los árbitros, es palmario que ello opera porque, al abstenerse de cumplir con dicha carga, las partes deshacen tácitamente su declaración de voluntad, en la que inicialmente dispusieron llevar a arbitramento el conflicto en cuestión⁴⁰.

Así entonces, al amparo de las anotadas pautas jurídicas, se procederá a dilucidar el caso concreto.

i) Primer cargo: de la falta de competencia para examinar pretensiones formuladas en arbitramento anterior, en el que cesaron los efectos del pacto arbitral por no pago de honorarios

Como acaba de señalarse, la extinción de los efectos del pacto arbitral opera en específico sobre la controversia o conflicto que haya sido puesto a consideración del tribunal de arbitramento que tal decisión adopta. Es una medida que opera frente

la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso”.

³⁹ Véase al respecto el auto dictado por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, el 30 de noviembre de 2021, en el exp. N° 25000-23-36-000-2002-01794-01 (66.863) (C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez).

⁴⁰ Es pertinente advertir que el vicio consistente en resolver en el laudo asuntos no enmarcados en el pacto arbitral o excluidos de éste por virtud de la ley configura, justamente, la causal de anulación de *falta de competencia*, por lo que no corresponde alegar dicho yerro bajo otra causal distinta, ni aun la prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por aludir ésta al principio de congruencia y no a las materias que por disposición legal y del propio pacto arbitral puedan ser sometidas a ese mecanismo de solución de conflictos. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia: *“En materia arbitral, la falta de jurisdicción y de competencia han sido considerados de tiempo atrás como un error procedimental que da lugar a la anulación del laudo. Así, bajo el Decreto 1818 de 1998, este supuesto fue tratado bajo la causal novena de anulación, esto es, por “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”; no obstante,*

mediante la Ley 1563 de 2012, la falta de jurisdicción y de competencia, en conjunto con la caducidad, quedaron contenidos de manera autónoma en la causal segunda de anulación. Es por esto, que la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que la extralimitación de la competencia que la Constitución, la ley y el pacto arbitral otorgan a los árbitros por haberse pronunciado sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión, no puede alegarse bajo la causal 9ª de anulación prevista en el Estatuto Arbitral, relativa a la incongruencia del laudo arbitral” (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 17 de septiembre de 2021, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00015-00(65601). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

al hecho de desatender las partes la carga que les corresponde en materia de pago de honorarios; y esa consecuencia, tal como se desprende del tenor literal de la norma que la establece, consiste en que cesan los efectos del pacto, es decir, ya no puede materializarse la voluntad declarada por las partes, de llevar el pleito a sede arbitral, pues deshicieron tal habilitación al abstenerse de cubrir los correspondientes honorarios.

En el presente caso, ese resultado de la declaratoria de extinción de los efectos del pacto no fue materia de discusión en el trámite arbitral ni en sede del recurso de anulación, pues tanto los sujetos procesales como el tribunal estructuraron sus puntuales posiciones sobre la base de que, en la segunda causa arbitral, no podía volver a plantearse el debate enjuiciado en el primer proceso. La discrepancia recayó entonces en la cuestión relativa al contenido y alcance de las pretensiones formuladas en una y otra actuación, pues mientras el Distrito de Cali sostuvo que existía identidad de pretensiones, e incluso, de *causa petendi*, el tribunal de arbitramento y la parte actora señalaron que el asunto resuelto en el laudo hoy censurado era totalmente diferente al que se sometió al conocimiento de la justicia arbitral en 2015.

Pues bien, resulta claro que en el laudo arbitral hoy censurado se hizo el reconocimiento de unos intereses moratorios, causados sobre dos conceptos, a saber: i) el que se denominó “*valor histórico actualizado*” de lo adeudado por el municipio en cuanto a inversiones y gastos de inversión del contratista, y ii) las “*otras*” obligaciones económicas tardíamente pagadas por la entidad territorial, y correspondientes a las fases de construcción y conservación, pactadas en las cláusulas.

Para reconocer las sumas obtenidas con el cálculo de tales conceptos, el tribunal de arbitramento acudió al peritaje rendido por la firma *Íntegra*, que estimó que las inversiones y gastos hechos por la concesionaria era de \$132.493'146.130.

Cabe anotar que, a ese respecto, se señaló en la mencionada experticia:

[L]a primera parte de la fórmula $(I_i + GA_i - RP_i)$ es una suma algebraica que (...) para propósitos de nuestro dictamen está compuest[a] por la suma de las Inversiones (en Predios, Interventoría, Diseños y Obras de Construcción) más los Gastos de administración menos los pagos efectivamente realizados por el Municipio de Santiago de Cali cada mes y que fueron depositados como Remuneración principal.

La indicada “*remuneración principal*” había sido pactada en el contrato de

concesión, que en efecto previó:

La Remuneración Principal se entiende que incluye y remunera todos los costos directos e indirectos en que incurra el concesionario durante la etapa de Preconstrucción, Construcción y Conservación, incluyendo también el cumplimiento de las obligaciones que ejecute el Concesionario con ocasión de: i) Labores Ambientales y de Gestión Social, ii) los Planes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, iii) las Labores por Gestión Predial, iv) el fondeo de la Subcuenta de Predios y la Subcuenta de Interventoría.

Significa lo anterior que, como consecuencia indefectible de la liquidación judicial del contrato, lo calculado por el tribunal de arbitramento en la “*primera parte*” de la fórmula prevista en la cláusula 34 del negocio jurídico fue el valor histórico de la “*remuneración principal*” supuestamente adeudada por el municipio a la contratista.

Aunado a lo anterior, se señaló también en el laudo que las experticias examinadas para liquidar el negocio jurídico indicaban que el municipio había dejado de pagar algunas obras para redes -que también fueron pactadas en el contrato bajo una remuneración distinta a la “*principal*”, por lo que se comprobó la causación de \$1.512’856.076 como valor del capital correspondiente a “*obras de redes ejecutadas y no pagadas*”, y \$2.324’667.255 por concepto de intereses.

Fue con base en tales estimaciones que se le reconocieron a Vías de Cali S.A.S. conceptos que ya habían sido insertos en las pretensiones de la demanda con la cual se convocó el primer arbitramento, pues en ella, el *petitum* incluyó la solicitud de que el municipio fuera condenado al “*pago de las sumas de dinero que la demandante (...) liquidó y estimó como aún adeudadas a su favor, la una por concepto de remuneración principal y la otra por remuneración de obras ejecutadas para redes de servicios públicos (...)*”.

En ese sentido, la actora reclamó, en la pretensión cuarta de ese libelo primigenio, el reconocimiento y pago de los siguientes ítems:

a) Por concepto de remuneración principal:

a.1 La cantidad de \$21.426’699.900 por capital, más:

a.2 Los siguientes intereses: i) del DTF + 5 puntos porcentuales, 37’390.937; ii) intereses de mora pactados en la cláusula 38 del contrato de concesión a la tasa del bancario corriente más una tercera parte de esa tasa (...).

b) Por concepto de remuneración de obras para redes:

b.1. La suma de \$6.447’339.553, que corresponde a facturas aún sin pagar, en pesos actualizados al día del pago;

b.2. Más los intereses moratorios (...).

Se evidencia en las pruebas de la presente causa que, en ese primer trámite de arbitramento, el tribunal allí constituido fijó el valor de los honorarios en auto de fecha 28 de octubre de 2016, y que el 24 de noviembre de ese mismo año, al advertir que ninguna de las partes sufragó lo que le correspondía, el panel adoptó la decisión prevista en el artículo 27, inciso cuarto, de la Ley 1563 de 2012⁴¹, en los siguientes términos:

1°. *Declarar concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el presente caso (...).*

2°. *Ordenar el archivo del expediente, previa cancelación de su radicación (...).*

Así entonces, es palmario que, sobre los reconocimientos económicos hechos en el laudo hoy censurado había operado la extinción de los efectos del pacto arbitral, declarada en auto del 24 de noviembre de 2016, pues la demanda de arbitramento sobre la cual recayó tal declaratoria se encaminó a que se reconociera la existencia de esa obligación a cargo del municipio y a que se concediera indemnización por esos mismos conceptos. En esa medida, el tribunal que profirió el laudo hoy recurrido carecía de competencia para reconocer a favor de la convocante los ítems mencionados, de suerte que, al haberlo hecho, la providencia así expedida incurrió en la causal segunda prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por lo que deberá anularse.

Ciertamente, la Sala no desconoce que, en principio y por regla general, los árbitros son competentes para efectuar la liquidación judicial de los contratos estatales; ni soslaya que ese ejercicio de balance económico necesariamente debe incluir todos los saldos pendientes de pago a cargo de una u otra parte del negocio jurídico liquidado. Sin embargo, no puede perderse de vista que la liquidación judicial puede entrañar una controversia o contienda entre las partes - las más de las veces, incluyendo el presente caso, su demanda es indicativa de que los firmantes del contrato no lograron un arreglo directo en la fase prevista para liquidarlo en sede administrativa-; por lo que ese finiquito de cuentas debe necesariamente pasar por un juicio y una decisión sobre las prestaciones que se adeuden y el origen de las mismas, lo que precisamente fue resuelto en el laudo arbitral censurado pese a que el debate sobre los conceptos reclamados ya se había formulado en demanda anterior, respecto de la cual se declararon extintos, se reitera, los efectos del pacto arbitral. De tal suerte, en el presente caso el tribunal de arbitramento obró sin competencia, no porque la ley lo privara de facultades para liquidar judicialmente el contrato, sino porque en el caso puntual puesto a su consideración, las materias específicas sujetas a controversia habían dejado de ser arbitrables, merced a lo dispuesto por un tribunal de arbitramento anterior, en auto del 24 de noviembre de 2016.

⁴¹ *“Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso”.*

Ahora, si bien lo anterior puede resultar suficiente para declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Distrito de Cali, la Sala estima pertinente examinar el segundo cargo propuesto por el censor en invocación de la misma causal de *“falta de competencia”*, a efectos de dar pleno alcance a la decisión que en el *sub examine* se adoptará frente al laudo impugnado.

ii) Segundo cargo: De la falta de competencia del tribunal para resolver sobre materias ya decididas en acto administrativo de declaratoria de caducidad del

contrato

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) reconoce -como lo venían haciendo normativas anteriores- la presunción de legalidad y el carácter ejecutorio de los actos administrativos; atributos que les imprimen a tales decisiones el efecto general de modificar determinadas situaciones jurídicas y otorgan a las entidades estatales el privilegio de la decisión previa, que a su vez implica, entre otras cosas, que la autoridad pública no está obligada a acudir previamente a un juez para obtener declaraciones que procedan mediante acto administrativo, y que si el administrado no está de acuerdo con lo resuelto en éste, debe demandar la legalidad de la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente.

Todo lo anterior pone de presente una relevante consecuencia de la presunción de legalidad y la ejecutoriedad del acto administrativo: la declaración de voluntad de la Administración no puede ser desconocida, ni aun por los jueces ni los árbitros, salvo cuando medie, naturalmente, sentencia judicial ejecutoriada que haya declarado la nulidad de la respectiva decisión. En esa medida, los asuntos resueltos en acto administrativo en firme no son arbitrables ni pueden ser revisados o modificados por estamento alguno investido de facultad jurisdiccional, excepción hecha, naturalmente, de aquellos casos en que la controversia recaiga precisamente sobre la legalidad del acto mismo.

Lo anterior obra con mayor acento frente a los actos expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes señaladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 -entre estas, la declaratoria de caducidad del contrato estatal-, en los que, además, la Corte Constitucional ha dejado en claro la falta de competencia de los árbitros para enjuiciar su legalidad, so pena de obrar en contravía de lo dispuesto en los artículos 236, 237 y 238 de la Constitución Política.

Dijo la Corte⁴²:

[C]omo manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa (...).

[E]n ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contenciosa administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.

Bajo esa línea, y como anteriormente quedó expuesto, en el marco de las causales de anulación de laudos que actualmente están previstas en el artículo 41 de la Ley

1563 de 2012, la falta de competencia del tribunal de arbitramento también se produce cuando éste resuelve sobre aspectos que por limitación constitucional o legal, o del propio pacto arbitral, no pueden ser sometidos a su conocimiento⁴³; de suerte que, al pronunciarse sobre materias ya resueltas en acto administrativo en firme, y especialmente en el de declaratoria de caducidad del contrato, incurre en el vicio procesal enlistado en el numeral 2 del artículo 41 del aludido estatuto.

En el presente caso, se aprecia que el panel de árbitros expresó en forma recurrente, a lo largo del laudo, que se abstendría de valorar y de emitir pronunciamiento sobre las cuestiones decididas por el Distrito de Cali en las Resoluciones 4151.0.21.0137 y 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017 -en las que declaró la caducidad del contrato de concesión-, especialmente en lo relativo al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas en ese negocio jurídico, para cada una de las partes. Sin embargo, al desentrañar los distintos elementos de la fórmula de liquidación del contrato, su configuración, operabilidad y fuente, el tribunal determinó que la firma contratista Vías de Cali S.A.S. había ejecutado obras para redes, *“no pagadas por el Municipio”*, y que en el proceso era necesario establecer esta puntual cuestión. Esto se traducía indefectiblemente en un examen de cumplimiento del contrato por parte de la concesionaria, tema éste que, respecto del ítem de *“obras para redes”*, había sido materia de examen y decisión por parte del Distrito de Cali en los aludidos actos de declaratoria de caducidad.

⁴² Sentencia C-1436 de 2000.

⁴³ Lo que ya no es configurativo de la causal novena de anulación, relativa al principio de congruencia, sino que corresponde autónomamente a la causal segunda, bajo la categorización hoy establecida en el estatuto arbitral vigente.

En efecto, en la Resolución N° 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017 -confirmada en audiencia de esa misma fecha mediante Resolución N° 4151.0.21.0139-, la entidad estatal contratante manifestó que, en comunicación del 9 de junio de 2016, la interventoría había recomendado adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio contra Vías de Cali S.A.S., por incurrir en varias inobservancias, entre éstas, *“eventual incumplimiento en las especificaciones técnicas en las obras de construcción y las obras para redes”*.

A ese respecto, el Distrito acogió la conclusión de la interventoría, referente a la infracción de la cláusula 21.3 contractual, en la que se señaló el deber de la concesionaria de acatar todas las especificaciones generales de la obra, así como las *“especificaciones particulares de construcción y parámetros de diseño”*, dado que, según la cláusula, sólo de esa manera se tendría por cumplido el contrato en esos aspectos.

Mientras que la entidad estableció en la aludida resolución que la concesionaria no había cumplido con las especificaciones técnicas de las obras para redes ni en las obras principales de construcción, *“en la manera acordada”*, y que no era admisible

el argumento esbozado por la contratista en sus descargos, de que se trataba de simples defectos normales de ejecución; en el laudo arbitral se señaló, no obstante, que la firma contratista había cumplido con dicho ítem y que por ello el municipio le adeudaba, por ese concepto, las sumas señaladas en el dictamen pericial de *Íntegra*.

Se aprecia de esta manera que en el laudo arbitral no sólo se planteó una conclusión específica sobre el cumplimiento o no de la sociedad Vías de Cali S.A.S. frente a una de sus obligaciones contractuales, sino que tal valoración fue opuesta a la plasmada por la entidad pública en la Resolución N° 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, sobre la cual no obraba declaratoria de nulidad en sentencia alguna emanada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Emerge entonces, de todo lo anterior, que el laudo arbitral reprochado deberá anularse, toda vez que las decisiones en él contenidas, a favor de la sociedad Vías de Cali S.A.S., fueron adoptadas sin competencia del tribunal de arbitramento.

Ahora, en este punto no está de más precisar que si bien prospera el segundo cargo de anulación por falta de competencia, merced a lo que se acaba de exponer, no todos los argumentos en él esbozados resultan de recibo, pues el censor también reprochó que el tribunal hubiera concedido parcialmente las pretensiones de la demanda principal reformada, negándose “*a estudiar las reclamaciones de la*

entidad estatal” y a reconocer los perjuicios reclamados por ésta; reproche que no comunica ningún vicio de competencia del juez de la causa arbitral y que, además, no refiere un error *in procedendo* de los que corresponde examinar en sede del recurso extraordinario de anulación, sino apreciaciones jurídicas de fondo, ordinariamente cuestionables sólo mediante el recurso de apelación, el cual no procede para impugnar el laudo respectivo.

Finalmente, en observancia del principio de economía procesal, la Sala se abstendrá de examinar la configuración o no de las restantes causales de anulación invocadas por el Distrito de Cali, por no ser necesario, ya que lo expuesto hasta esta instancia es suficiente para disponer la anulación del laudo arbitral censurado.

7. Conclusiones

Así las cosas, se concluye que hay lugar a declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Distrito de Cali contra el laudo arbitral dictado el 6 de octubre de 2022, puesto que dos de los reproches formulados por el recurrente sobre la causal segunda –referente a la falta de competencia- se enmarcan en ella y quedaron demostrados en el *sub lite*.

8. Sobre las costas y otras medidas relacionadas con los resultados del recurso de anulación

- En el presente caso no se impondrán costas a la parte convocante puesto que, de conformidad con la normativa aplicable, sólo procede dicha condena cuando el recurso extraordinario de anulación no prospera, en tanto la ley no prevé esa medida pecuniaria en el evento contrario. Así, el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”; pero no establece consecuencia alguna en materia de costas para los casos en que se acoge la impugnación extraordinaria declarándose la anulación del laudo reprochado.

- En segundo término, tampoco se ordenará el reembolso de los honorarios pagados a los árbitros, ya que, si bien esa sanción está prevista en el artículo 48 de la misma Ley 1563 de 2012, lo cierto es que no cobija el supuesto de prosperidad del recurso por configuración de la causal segunda de anulación, que fue el evento ocurrido en el presente caso.

- De otro lado se tiene que, en el recurso, el censor refirió la existencia de un proceso incoado ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, atinente a la

nulidad de las resoluciones de declaratoria de caducidad del contrato de concesión materia del pleito; y solicitó el envío del expediente a la mencionada Corporación para que resolviera en esa misma causa sobre la liquidación del negocio jurídico, sin suministrar, no obstante, los datos de radicación o identificación del proceso judicial. Con todo, ello no es óbice para que la Sala dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48 del estatuto de arbitraje, a cuyo tenor, *“Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas (...)”*.

Por consiguiente, se ordenará la remisión del proceso al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por ser esa la autoridad judicial competente para conocer de la controversia suscitada entre las partes y resuelta sin competencia por el panel arbitral, todo ello en los términos de los artículos 152 numeral 4 y 156, numeral 4 de la Ley 1437 de 2011 -modificada por la Ley 2080 de 2021-⁴⁴.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, contra el laudo proferido el 6 de octubre de 2022, por haberse configurado la causal 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo

relativo a la falta de competencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del laudo arbitral proferido el 6 de octubre de 2022, como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, siguiendo lo dispuesto en el artículo 43, inciso primero, de la Ley 1563 de 2012.

⁴⁴ “Artículo 152. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos (...): // 4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Artículo 156. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas (...): // 4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales o en laudos arbitrales derivados de tales contratos, se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato”.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Tercera, **REMÍTASE el expediente** al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para que adelante el trámite judicial pertinente, de acuerdo con lo señalado en el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 1563 de 2012⁴⁵.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En firme el presente fallo, **REMÍTASE** copia del mismo al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

⁴⁵ “Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla”.