

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo

—Sección Tercera—

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Ref. Expediente N° 3546. - Laudo Arbitral

Actor: FONDO VIAL NACIONAL - ATUESTA GUARIN POMBO LIMITADA.

Conoce la Sala del recurso de anulación propuesto contra el laudo arbitral dictado el 4 de noviembre de 1981, mediante el cual se dirimió la controversia suscitada entre la Sociedad Atuesta Guarín y Pombo y el Fondo Vial Nacional.

Dichas partes suscribieron el contrato 448-75 de concesión para la conservación de la carretera Girardot-Ibaqué.

En dicho convenio se pactó la cláusula compromisoria (Décima novena).

Surgido el desacuerdo, las partes, con sujeción a la misma, hicieron la designación de los árbitros y el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia designó al tercero.

Cumplido el trámite indicado en el Código de Procedimiento Civil para el proceso arbitral (artículo 663 y siguientes), el tribunal dictó el fallo en la fecha indicada atrás, en los siguientes términos:

"A. Cuestiones y peticiones de ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA.

1º Niégase la resolución del contrato 448/77 celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL Y ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., lo mismo que las declaraciones consecuenciales de la resolución.

2º Declárase que ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., ha cumplido el contrato 448/77.

3º No se exonera a ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., de continuar el cumplimiento del contrato 448/77.

4º Acéptase la prescindencia de la segunda cuestión sometida por ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA., a la decisión de este Tribunal.

5º Declárase que con la aplicación de la fórmula matemática pactada en el contrato 448/77 para el reajuste de tarifas se rompe el equilibrio financiero del mismo contrato.

6º Para restablecer el equilibrio financiero del contrato 448/77 hasta el 31 de mayo de 1981 condénase al FONDO VIAL NACIONAL a pagar a ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., treinta (30) días después de ejecutoriado este laudo, la cantidad de sesenta y dos millones cuatrocientos veintitrés mil novecientos veintiseis (\$62'423.926.00).

7º Niégase la adición de costas económicas y financieras a la anterior cantidad.

8º Declárase que no existe equipo afectado o anexo directamente a la obra.

B. Cuestiones y peticiones del FONDO VIAL NACIONAL.

1º Es válida la cláusula vigésima segunda del contrato 448/77 celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL y ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA.

2º Las precisiones de los valores de obras ejecutadas y recaudadas por peaje, mes por mes, cuestión de índole probatoria fue establecida por los peritos al contestar la séptima pregunta del cuestionario que sometió el FONDO VIAL NACIONAL y con esta parte del experticio se resuelve la cuestión planteada.

3º Se declara que el FONDO VIAL NACIONAL no ha incumplido el contrato 448/77 celebrado con ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA.

4º Se declara que ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., ha cumplido el contrato 448/77.

5º No se exonera a ATUESTA GUARIN & POMBO LTDA., del cumplimiento de contrato 448/77, pero se declara que no está obligada a pagar ninguna indemnización de perjuicios al FONDO.

6º Se niega la petición tercera del FONDO.

7º Se niega la imposición de la multa prevista en la cláusula vigésima tercera del contrato 448/77.

8º Se declara que no hay equipo ni muebles anexos o afectados directamente a la obra.

9º Este laudo se notificará a las partes en audiencia y se comunicará por escrito a la Aseguradora Seguros Colombia S. A.

10º Por haber prosperado parcialmente las pretensiones de cada una de las partes, el Tribunal se abstiene de hacer condena en costas (C. de P. C. Artículo 392.5)".

Luego de interponer el recurso de anulación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el Fondo Vial propuso a esta Corporación la colisión positiva de competencia por tratarse de una controversia surgida de un contrato administrativo de concesión de obra pública.

La Sociedad Atuesta Guarín y Pombo Ltda., se opuso a dicha colisión, por estimar que el conocimiento de ese recurso estaba adscrito expresamente al Tribunal Superior; por no constituir un acto administrativo el laudo arbitral sino una sentencia; porque las causales de impugnación de ese laudo eran esencialmente in procedendo; por que ni la cláusula general de competencia ni la enumeración legislativa permitían adscribirle ese conocimiento a la jurisdicción administrativa.

Aunque el suscrito ponente estuvo en desacuerdo con la posición asumida por el Fondo, la Sala Plena, por mayoría, con ponencia del señor Consejero Buitrago Hurtado, mediante proveído de 3 de junio de 1983 provocó la colisión propuesta a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Mediante providencia de marzo cinco del presente año, dicho tribunal remitió el asunto a esta Corporación, por cuanto consideró que con la expedición del Decreto 01, que empezó a regir el 1º del citado mes, ese organismo había perdido la competencia.

La remisión aludida se hizo cuando ya el trámite del recurso se había cumplido en su integridad ante el tantas veces mencionado Tribunal Superior.

Para resolver, se considera:

Luego de las incidencias que se dejan narradas, pasa la Sala a decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 4 de noviembre de 1981 proferido con base en el contrato de obra pública N° 448/77 y que dirimió las controversias surgidas entre las partes durante la ejecución del mismo.

Sea lo primero advertir que el nuevo Código Contencioso Administrativo que empezó a regir el 1º de marzo del presente año, zanjó toda posible discusión sobre la competencia de esta jurisdicción para el conocimiento del aludido recurso. Así, el artículo 128 en su numeral 12 dispuso que la sala de lo contencioso administrativo conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 12) De los de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en

contratos administrativos, o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del C. de P. C.

Está por fuera de duda y de discusión la índole de contrato administrativo de concesión de obra pública que celebró el Fondo Vial Nacional con la Sociedad Atuesta Guarín y Pombo Ltda., distinguido con el N° 448/77, para la conservación de la carretera Girardot-Ibagué, dentro de los términos del Decreto 150 de 1976.

El Tribunal Superior de Cundinamarca cumplió el trámite del recurso interpuesto por el Fondo Vial Nacional con sujeción a lo ordenado en el artículo 672 del C. de P. C. Así, dio traslado al recurrente para su sustentación por el término de cinco días; y puso a disposición de la otra parte (Atuesta Guarín y Pombo Ltda.) el escrito por un término igual. Vencido el traslado, es oportuno entrar a decidir:

El Fondo Vial en su escrito de sustentación del recurso, luego de narrar los antecedentes del asunto, invoca dos causales de nulidad del laudo proferido por los árbitros, así:

1. "No haberse constituido el tribunal de arbitramento en la forma legal" y
2. "No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670, o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156".

Sustentó el recurrente las causales transcritas y que corresponden a las contempladas en los numerales 2 y 3 del artículo 672 del C. de P. C. de la siguiente manera:

"Causal Segunda:

No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en la forma legal.

La forma prevista en el contrato 448/77, para integrar el Tribunal de Arbitramento que debía resolver, en caso necesario, las diferencias que sobre temas precisos contiene la cláusula compromisoria, parece completamente ilegal:

a) En efecto, según la cláusula decimanovena, el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros designados, uno por cada una de las partes, y el tercero, por el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien también escogería el de la parte que se negare a hacerlo dentro del plazo convenido;

b) El Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 14 de noviembre de 1979, estimó que semejante forma de integrar un Tri-

bunal, frente a la filosofía y a las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, no era correcta;

c) Al examinar las cuestiones planteadas en la sentencia del Tribunal, Sala Civil, dijo esa Corporación: "La nueva legislación en esta materia tuvo una finalidad bien precisa: evitar que cada parte designara aisladamente a sus árbitros, **y por lo tanto evitar que los árbitros se sintieran ligados a una parte antes que otra, con grave peligro para imparcialidad**".

d) En auto del 18 de diciembre de 1981 el H. Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil de Decisión, Magistrado ponente doctor Guillermo Rojas Vargas) en el Arbitramento de Roberto Uribe y el Instituto de Crédito Territorial, al resolver el recurso de nulidad interpuesto por el primeramente nombrado, declaró infundado tal recurso en el cual se alegaba la causal 2ª del artículo 672 del C. de P. C. En dicha providencia el H. Tribunal tuvo en cuenta especialmente el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 y lo consideró una norma especial y posterior al Código de Procedimiento Civil y por tal razón denegó la causal de nulidad invocada, sin entrar a considerar el aspecto constitucional que es, definitivamente, trascendental;

e) El artículo 66 del Decreto 150 de 1976 no puede modificar el procedimiento civil pues la Ley 28 de 1974 no dio facultades para reformarlo, de manera que, si se le diera tal alcance, cabría la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la cual invoco. Tal es el sentido de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de 1º de diciembre de 1977, que declaró inexecutable, parcialmente, los artículos 52 y el inciso final del artículo 192 del mismo Decreto 150 de 1976, **por cuanto implicaban modificaciones al Código de Procedimiento Civil, para lo cual no estaba autorizado el Presidente de la República.**

En consecuencia y de conformidad con lo expuesto anteriormente, el Tribunal de Arbitramento, que se constituyó en el artículo o cláusula décima novena del contrato 488-77 lo fue ilegalmente, sobre lo cual se ha insistido a todo lo largo del proceso".

"Causal Tercera:

"No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670, o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156".

El artículo 19 del Código Contencioso Administrativo dice lo siguiente:

"El Ministerio Público debe intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos. Ejercerá, además, las otras funciones que señale la ley en relación con estas corporaciones".

"Todas las providencias en los juicios administrativos que se sigan ante estas entidades deberán ser notificadas al respectivo agente del Ministerio Público, quien puede usar con respecto a ellas de los recursos legales".

Que el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 haya permitido la sustitución del juez, mediante el arbitramento, esto no significa sino únicamente sustitución de juez, pero tal norma no afecta las disposiciones procedimentales, entre ellas, las que se trata en el artículo anterior, transcrito.

Y, en este caso, es evidente que no se ha llevado a cabo la notificación personal al señor agente del Ministerio Público.

De acuerdo con todo lo anterior, muy atentamente solicito a ese H. Consejo de Estado, se sirva atender favorablemente las solicitudes contenidas en este escrito".

Por su lado, la sociedad impugnadora del recurso alega al respecto:

"Las únicas dos causales, de procedimiento, como tienen que ser, en que se funda el recurrente, que son: a) Que el Tribunal de Arbitramento no se constituyó en forma legal; y b) Que no hubo intervención en el proceso arbitral del fiscal del Consejo de Estado, no tienen fundamento jurídico alguno. Así lo ha decidido el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en abundante jurisprudencia, que han compartido, valga la expresión, "todos" los Tribunales de Arbitramento que se han constituido para dirimir cuestiones relacionadas con diferencias ocurridas en la ejecución de contratos administrativos. Estos Tribunales de Arbitramento, han estado integrados por muy distinguidos abogados, de una innegable prestancia profesional, como son los doctores: Aurelio Camacho Rueda (q.e.p.d.), Hernando Morales Molina, Carlos Holguín Holguín, Alvaro Tafur Galvis, Rafael Hernando Gamboa Serrano, Francisco Zuleta Holguín, Alfonso Suárez de Castro, Jorge Vélez García, Mario Latorre Rueda, Otto Morales Benítez y Gilberto Arango Londoño. En el acto de instalarse los Tribunales de Arbitramento respectivo, los árbitros decidieron sobre su competencia y sobre la legalidad de sus nombramientos, y estuvieron de acuerdo en que el art. 66 del Decreto Ley 150 de 1976, durante todo el tiempo en que estuvo vigente, atribuía facultades para que las partes nombraran los árbitros, como lo hubieran convenido en el respectivo contrato; y en lo que respecta a la exótica intervención del fiscal del Consejo de Estado, se negó por improcedente e injustificada, en todas las causas, y el mismo apoderado del Fondo Vial que ahora actúa en el recurso, aceptó la negativa.

"Ruego al H. Consejero Ponente que tenga en cuenta las razones que expuse al descorrer el traslado, en el alegato N° 048-82 que presenté en tiempo en el Tribunal Superior de este Distrito, donde se estaba surtiendo el trámite, el 26 de febrero de 1982, que se halla en el expediente, y que me permito acompañar en fotocopia, en la cual aparecen

el sello y la fecha de presentación. Aclaro que en este alegato hay aspectos que ya no resultan prácticos, como son los relativos a la controversia de cuál era la jurisdicción competente para conocer del recurso de anulación, comentarios en los cuales considero honroso para mí haber siempre coincidido con las tesis jurisprudenciales expuestas por el H. Consejero a quien me dirijo, que consideraré las únicas jurídicas, pero que definitivamente, no fueron acogidas por la mayoría de la Sala Plena del H. Consejo de Estado. Este punto tiene solo una referencia teórica, pues, como ya dije, la materia fue decidida por la ley y el debate jurisprudencial y académico terminó.

"Como cuestión importante es del caso que mencione el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, no es de los que se llaman recursos verticales o sea que lo que ya va a decidir el H. Consejo de Estado no puede implicar, en ningún caso, una segunda instancia, porque ello sería vulnerar y desconocer la autoridad de la cosa juzgada, que es uno de los pilares básicos de nuestro derecho. Por ello, la cuestión de mérito o de fondo, es intocable y ya está fallada, con fuerza ejecutoria. El recurso extraordinario de anulación, solo tiene por objeto establecer si el laudo fue expedido violando formalidades de procedimiento. Es decir, si existen "vicios im procedendo", pero no resucitar una controversia sobre la parte de fondo o "in iudicando", como lo trata de insinuar el Fondo Vial. Ello constituye un aspecto fundamental".

Para la Sala ninguna de las causales alegadas está llamada a prosperar. Para el efecto, anota:

Primero. Dispone la cláusula décima novena del contrato en cuestión:

"Las diferencias que se susciten entre el FONDO VIAL NACIONAL y el Concesionario con motivo de la ejecución o de la liquidación del presente contrato y que no hayan podido ser solucionadas directamente por las partes en el término de un mes, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros conforme al siguiente detalle: Cada uno de las partes designará un árbitro dentro de los quince días siguientes (15) al vencimiento de la etapa de arreglo directo, y, el tercero, lo será por el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien también escogerá el árbitro de la parte que se negare a hacerlo dentro del plazo convenido.

"Los árbitros serán ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos. El fallo que se profiera será en derecho, pero no podrá versar sobre la aplicación de las cláusulas de terminación o reducción del contrato por voluntad del FONDO VIAL NACIONAL (vigésima primera) ni sobre sus efectos".

La cláusula que se deja transcrita está en un todo de acuerdo con el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 (vigente a la fecha de la celebración del contrato) que dispone que en dicha cláusula "deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros".

Esta disposición de alcance especial y aplicable para los contratos que estaban regulados por el mencionado Decreto 150, entre los que se cuenta precisamente el aquí cuestionado, es la que gobierna el punto aquí debatido. El artículo 665 del C. de P. C. en armonía con el numeral 3 del 664 es la regla general, aplicable en aquellos casos en que no exista disposición legal en contrario.

Además de la especialidad que ostentaba el artículo 66 del Decreto 150, su posterioridad, en relación con el Código de Procedimiento Civil, era también obvia.

Ese artículo 66 no puede entenderse como modificatorio del mencionado código, sino como una norma especial para los contratos de la administración, sujetos, en principio, a reglas especiales diferentes a las del derecho privado. Si la intención del legislador de 1976 hubiera sido la de variar las normas indicadas en el Decreto 1400 de 1970 en materia de cláusula compromisoria, podría pensarse en un exceso en las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 28 de 1974. Pero nada permite arribar a esa conclusión, máxime cuando el estatuto procesal civil al regular el proceso arbitral se refiere ordinariamente a los contratos sujetos al derecho privado.

Para corroborar lo dicho basta observar el campo de aplicación señalado en el artículo 1º del Decreto 150; norma que a la letra dice:

"De las entidades a las cuales se aplica el presente decreto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

"A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

Segundo. La segunda causal alegada, según el recurrente está contemplada en el numeral 3 del artículo 672 del C. de P. C.; norma que dispone:

"No haberse hecho la notificación personal de que trata el numeral 6 del artículo 670, o la que ordena el inciso tercero del numeral 2 del artículo 671, salvo que se haya producido su saneamiento conforme al artículo 156. 2020 nl., 3 del C. de C."

Para el mismo recurrente, el laudo es nulo porque se omitió la notificación al Ministerio Público, tal como lo ordena el artículo 19 del C. C. A. (Ley 167 de 1941).

Para la Sala, tampoco asiste la razón al Fondo. El artículo 19 del hoy derogado Código Administrativo por el Decreto 01 de 1984 tenía

un alcance de indiscutible tono específico, como que exigía la intervención del Ministerio Público" en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos". La especificidad y especialidad de la norma no permite analógicamente su aplicación en esfera diferente a la de la jurisdicción administrativa.

De allí que esa intervención, tanto durante el trámite del proceso arbitral como dentro del seguido en este recurso de anulación, al no estar requerida por la ley en aquel entonces no configura la causal de anulación alegada.

Cosa diferente pasaría hoy con la vigencia del nuevo Código Administrativo, puesto que el recurso de anulación de los laudos susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción administrativa (art. 128 nl. 12), tendrá que tramitarse así mismo con intervención del fiscal del Consejo, ya que para el efecto deberá notificársele personalmente todas las providencias que en su desarrollo se dicten. (art. 127 ibídem).

Obsérvese que el recurrente alega esa no intervención durante la etapa de expedición del laudo, la que estaba al conocimiento de la Justicia arbitral y en la que intervino activamente el Fondo Vial Nacional, entidad contratante, representada por el señor ministro de Obras, quien por virtud de la Ley 64 de 1967 es la persona que ejerce su representación legal.

Se anota, finalmente, que las razones dadas por el Fondo no son convincentes y menos con apoyo en la única norma que alega como fundamento, la que se refiere con exclusividad a los procesos seguidos ante la jurisdicción administrativa.

La Sala prohija los siguientes argumentos expuestos por el señor apoderado de la sociedad impugnadora, con relación a la causal aquí expuesta:

"1. Nada tiene que ver con la causal que se invoca el mandato del art. 19 del C. C. A. que cita el recurrente. Basta leer esta disposición, que dice:

"El Ministerio Público debe intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos. Ejercerá, además, las otras funciones que señale la ley en relación con estas corporaciones.

"Todas las providencias en los juicios administrativos que se sigan ante estas entidades deberán ser notificadas al respectivo agente del Ministerio Público, quien puede usar con respecto a ellas de los recursos legales".

"De la simple lectura de la norma transcrita es forzoso concluir que las actuaciones del Ministerio Público que allí se mencionan, se concretan única y exclusivamente, a las actuaciones contenciosas "que se sigan ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos". La actuación recurrida es un laudo arbitral, que se dictó por un tribunal de arbitramento, siguiendo con toda exactitud los trámites respectivos. tribunal de arbitramento que hizo las veces de juez, por voluntad de las

partes y en desarrollo de las normas legales que permiten su constitución. El art. 19 transcrito no se refiere a los tribunales de arbitramento, cuyas actuaciones están reguladas en forma exclusiva por las normas del Código de Procedimiento Civil. Sin tales normas, nadie podría utilizar el sistema de derogar la jurisdicción ordinaria para dirimir una controversia. El tribunal de arbitramento es una forma de "impartir justicia", que no se puede decir que sea ni ordinaria, ni contencioso administrativa. Ella resulta de un proceso con características propias, que la ley denomina específicamente "proceso arbitral" (Sección Quinta, Título XXXIII del C. P. C.). El trámite y las formalidades procesales no son los de los juicios que se siguen ante lo contencioso administrativo. En ninguna parte la ley requiere la intervención del Ministerio Público, y es sabido que en cuestiones de procedimientos las formalidades son precisas y restrictivas. No se pueden inventar ni aplicar por analogía, y si, repito, la ley, sin hacer distinción entre contrato administrativo y contrato civil o comercial, **no menciona la intervención del Ministerio Público en los tribunales de arbitramento, ella no tiene cabida.** Sobre el particular cabe citar el siguiente comentario del profesor Tulio Enrique Tascón (q.e.p.d.) en su libro de Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, página 51, quien fue el más autorizado coautor del C. C. A.:

"... la obligación de notificar las providencias al agente del Ministerio Público, se refiere únicamente a las que se dictan en los juicios contencioso-administrativos, pero no a aquéllas que se dictan fuera de los juicios, verbigracia sobre declaración de que los contratos revisados se ajustan o nó a las autorizaciones legales, sobre dictámenes para abrir créditos adicionales al presupuesto, sobre consultas en asuntos de administración, etcétera, a menos que una disposición especial lo exija..."

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

FALLA:

No se anula el laudo arbitral proferido el 4 de noviembre de 1981 y que dirimió la controversia entre "ATUESTA GUARIN Y POMBO LTDA. y el FONDO VIAL NACIONAL", relacionado con el contrato N° 448/77.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de agosto de 1984.

(Firman),

EDUARDO SUESCUN MONROY CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente Sala

JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ

JORGE VALENCIA ARANGO FELIX ARTURO MORA VILLATE
Secretario

(Hay un sello).