

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 66

AÑO VII

FECHA: 1 de OCTUBRE 2018

ASUNTO: El Consejo de Estado revisó en el trámite de la anulación la *congruencia* del laudo no sólo formalmente, como corresponde a una cuestión *in procedendo*, sino que lo hizo además *in iudicando*.

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Como es bien sabido, el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consagró como motivo de *anulación* del laudo haber recaído éste sobre *aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido, o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitraje*. En reciente fecha, el Consejo de Estado se ocupó del examen de esta causal al tramitar el recurso de anulación contra el proveído que definió las controversias sobre un contrato estatal (No. 3460) celebrado entre la Unión Temporal Segundo Centenario y el Instituto Nacional de Vías para el estudio, diseño y construcción del Proyecto Cruce de la Cordillera Central, Túneles del II Centenario-Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá-Cajamarca (Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de noviembre de 2017, Rad. 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). El recurrente (INVÍAS) alegó la existencia de la causal anotada (incongruencia entre lo pedido y lo concedido) por haber concedido el árbitro 12,50 metros lineales de concreto de más frente a los 22,20 metros que el recurrente en anulación consideró como correctos, y por cuanto la actualización de la condena no se hizo conforme al índice de costos de la construcción pesada (ICCP), sino con base en el índice de precios al consumidor (IPC).

La causal invocada amerita un recuento de su desarrollo normativo. El decreto 1818 de 1998, que recopiló la mayoría de las disposiciones legales sobre arbitraje, consagró en su artículo 163 los numerales 8 y 9, que reconocían la anulación del laudo cuando la decisión contenida en éste abarcaba puntos no sujetos a decisión arbitral o en caso de haberse concedido más de lo pedido, con lo cual se garantizaba el principio de la congruencia de las sentencias judiciales, que luego fue recogido por el artículo 281 del C.G.P., por el cual se explica la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, así como con las excepciones del demandado.

Ello llevó a que tanto la jurisprudencia como la doctrina reconocieran dos modalidades diferentes (del asunto tratado), identificadas como "extra petita" que tiene lugar cuando se condena al demandado por un objeto distinto al pretendido, o por una causa distinta a la invocada en la demanda, y la "ultra petita" que ocurre cuando se condena al demandado por más de lo pedido en la demanda. Entonces, bajo esta causal podía

anularse el laudo por *extra o ultra petita* cuando el árbitro se pronunciaba sobre asuntos no sometidos a su decisión por el pacto arbitral, o sobre asuntos no susceptibles de ser definidos por esa vía, o cuando concedía más de lo pedido en la demanda. Pero, al entrar en vigencia la Ley 1563 de 2012, Estatuto Arbitral, el numeral 2 del artículo 41 creó una nueva causal de anulación que, de forma especial, se refiere a la falta de jurisdicción o competencia del juez arbitral, por lo que la causal del numeral 8 del artículo 1818 de 1998 no podía aplicarse en adelante cuando árbitro se pronunciara en el laudo sobre asuntos no sujetos a su decisión, o que no podían serlo por mandato de la ley, lo que nos lleva a afirmar que por la causal 9 del artículo 41 del estatuto arbitral sólo habrá laudo "extra" petita cuando el árbitro se pronuncie sobre asuntos no pedidos en la demanda, o "ultra" petita cuando éste conceda más de lo pretendido. Por su parte, como el numeral 9 del artículo 163 del decreto 1818/1998 consagraba como causal de anulación "no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento" la jurisprudencia reconoce que la "citra" petita ocurre cuando el árbitro no resuelve todas las pretensiones que se presenten en la demanda, o no se pronuncia sobre las excepciones del demandado, o cuando las excepciones que no requieren ser alegadas se encuentran probadas, por lo cual la causal de anulación del numeral 9 del artículo 41 de la Ley Arbitral se configura por *extra, ultra y citra* petita. [Las demás hipótesis aquí comentadas se encuentran incluidas en el numeral 2 del artículo 41 del Estatuto Arbitral].

Para el estudio de la causal propuesta en la formulación del recurso de anulación (Num. 9, art. 41, Ley 1563/2012), el organismo citado propuso el examen de la congruencia entre lo pedido o excepcionado y el laudo, partiendo de lo que llamó "*test de incongruencia de los laudos arbitrales*", sobre dos aspectos que según aquél lo tipificaban, "*la estructura del examen formal del test*" y "*la estructura sustancial del mismo*", esto es, se tuvo como materia de estudio la congruencia tanto en su aspecto *formal* como en el *material* (o sustancial), bajo el entendido de que ese examen debía hacerse sobre parámetros "objetivos" para aproximarse a la valoración de la causal alegada, *con grave riesgo jurisdiccional de caer con respecto al segundo elemento (examen material o sustancial) en el estudio de la cuestión de fondo que por ley está prohibido al juzgador en el caso del arbitraje.*

En lo que concierne al estudio "formal" de la *congruencia* el Consejo de Estado tuvo en cuenta lo pedido en la demanda, lo excepcionado por la parte convocada, y lo resuelto en el laudo, y concluyó que si estos puntos de comparación no se encuentran sustancialmente divorciados, debe predicarse la congruencia del laudo (con la demanda y/o las excepciones), pero que si el árbitro trastoca de manera relevante los parámetros anotados, emerge el fallo por extra petita o ultra petita (según sea el caso). Pero, en cuanto al examen "sustancial" de verificación del test (o forma de chequeo propuesta), para decidir sobre la prosperidad de la causal novena del artículo 41, que es lo problemático, la línea de verificación de la existencia de la congruencia se vuelve en extremo delgada y casi que desaparece porque si se examina el aspecto "sustantivo" del motivo de la incongruencia se entra en la elaboración de consideraciones y definiciones fácticas y jurídicas que se alejan de lo estrictamente "procesal" [Ver, Corte Constitucional, Sentencia SU-556 de 2016] y entran en el campo de las consideraciones y motivaciones del laudo, *lo que sin duda termina siendo una revisión sustantiva del mismo*, pese a que el legislador ha prohibido expresamente que se indague sobre la sustantividad de la controversia planteada y de la manera como el árbitro se aproximó a ésta y la desató,

todo ello porque el recurso de anulación sólo opera sobre cuestiones *in procedendo* (no in iudicando) y porque si se entra en consideraciones *sustanciales* del laudo el recurso perdería su carácter y se convertiría en una apelación (en que se controvierte el asunto litigioso), [Ver, Corte Constitucional, Sentencia SU-173 de 2015].

En efecto, el artículo 42 del Estatuto Arbitral prohíbe a la autoridad judicial pronunciarse no sólo sobre el fondo de la controversia sino también calificar o emitir criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones relacionadas con el laudo, entre las que claramente se encuentra sentar criterio sobre la parte sustancial del proveído, en cuanto se refiere a la causal 9ª que nos ocupa. *Es imposible sostener que no se cuestionan las consideraciones y resoluciones del laudo cuando lo que se hace es someter a un test cuestiones sustantivas que le son propias.* Ello, no sólo iría en contravía de la ley y de la lógica, sino que desconocería el carácter definitivo e intangible de la *valoración sustantiva* de los árbitros [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011].

Pensamos entonces que frente a la causal 9ª de anulación del laudo *debe preservarse ante todo la naturaleza de este recurso extraordinario*, para evitar que el funcionario competente del mismo incurriera en el trasunto material o sustancial del mismo. Creemos que el asunto debe ser definido así: El funcionario judicial que conozca de la anulación del laudo por la causal aludida, debe circunscribirse al examen de la parte *formal* del motivo de incongruencia, esto es, al cotejo de la demanda, las excepciones y el proveído arbitral para establecer si se configura la extra, ultra o citra petita; es que el agente judicial lo que debe constatar es si se despacharon todas las pretensiones o excepciones, sin desbordar el límite de lo solicitado, o si se produjo formalmente un quebrantamiento por una cualquiera de las situaciones propuestas (extra, ultra y citra petita). Eso y no más. De ahí que en lo que toca con el segundo test de evaluación de la causal 9ª, es decir, acometer el estudio "sustancial" para saber si cuantitativa y cualitativamente el árbitro acertó o se equivocó en la dosimetría de la congruencia, tal ejercicio no es procedente en la anulación porque implica revivir y revisar la controversia material, lo que es ajeno a este recurso extraordinario. Si ello se hiciera el juez del recurso entraría a valorar la cadena argumentativa del laudo en el recurso de anulación. Luego, entonces, la segunda parte del test debe ser erradicada al resolver si existe incongruencia, *porque tal cosa implicaría revisar la controversia y/o las consideraciones del laudo*, razón por la cual se impone el respeto a la parte sustancial del mismo, que se vuelve definitiva e intangible, según anotamos, de modo que el camino del fallador debe ser despachar desfavorablemente al recurrente la anulación que se interponga.

En la sentencia que se examina (de 27 de noviembre de 2017, proceso 59913), el Consejo de Estado expresa que la segunda parte del referido test (parte sustancial) *debe hacerse para fundamentar la incongruencia en razones de estricto índole procedimental*, con el fin de establecer que la resolución del cargo sea posible revisando el fondo de la controversia o las consideraciones acogidas en el laudo (Ver, punto 8.3.3.8). Más claro todavía: el estudio "sustantivo" debe hacerse, según el órgano fallador, para determinar si existen razones de tipo procedimental que puedan configurar la incongruencia, lo que lleva a concluir que el agente jurisdiccional primero incursiona o se mete a cuestionar aspectos sustantivos del laudo para encontrar fallas procedimentales, siendo que, justamente, la ley prohíbe que haga cualquier intromisión en el aspecto sustantivo, según el artículo 42 del E.A. En nuestra opinión el fallador no puede inmiscuirse, incursionar o entrometerse en la

consideración de asuntos materiales o sustanciales, so pretexto de buscar defectos de procedimiento. Pensamos, a riesgo de equivocarnos, que cuando el fallador de la anulación penetra en lo sustantivo para establecer la existencia de la extra o ultra petita (causal 9ª) revive y revisa el fondo del asunto, y cuestiona y descalifica la argumentación del árbitro.

Resta decir que el Consejero Guillermo Sánchez Luque, quien hizo sala para esta sentencia, aclaró su voto en la medida en que el "test" propuesto en la sentencia era a su juicio innecesario y podría llevar a un examen del fondo de la controversia, porque la aplicación de ese test propone un examen sustancial de la congruencia, lo que implica valorar la decisión del árbitro.

© D.A.R.