

ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL - Características / LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO

El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores "in procedencia" en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores "in judicando", lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Ha de entenderse la infirmación del laudo, sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal del Arbitramento; se exceptúa de lo anterior, la causa] 9 del derogado artículo 672 del C. de P. C., hoy causales 7 a 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento (corrección o adición del laudo arbitral). Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / ARBITRO / COMPETENCIA / CORRECCION MONETARIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral. Las partes al impedirle al Tribunal de Arbitramento ocuparse y resolver sobre el fenómeno indexatorio, fijaron autónomamente su querer, consistente en que el mismo no fuera tocado para nada por los árbitros. Si bien es cierto que existen tendencias doctrinales y jurisprudenciales que abogan por considerar y resolver de oficio el fenómeno indexatorio, ello puede ser de recibo en campos distintos al arbitral, mas nunca en éste por la elemental razón de que la competencia de los árbitros es escrita, taxativa y oponible a éstos y a las partes.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales

La pretendida falta de congruencia entre la parte resolutive y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad de un laudo. La incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutive y se justifica, en tales casos, la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre las de ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescindir de la parte motiva.

ERROR ARITMETICO / ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales

La causal 7a de anulación se refiere al caso de que la parte resolutive del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, y en dicha parte resolutive no existen tales errores como que no está hablando de menos cuando era más, ni se multiplica cuando debería dividirse o viceversa, ni existe

equivocación alguna entre las expresiones numéricas y las literales. Dicho de otra manera, no contiene el laudo el llamado "error de cálculo". Los supuestos errores aritméticos a que se refiere el recurrente, aparte de no señalarse como contenidos en la parte resolutive del laudo, son en realidad disparidades de concepto.

ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL - Limites

En el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las referencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, mas no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta atinar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma en que la administración estima perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Régimen Aplicable / LEY EN EL TIEMPO / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

Los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 continuarán regidos por las leyes vigentes al momento de su celebración y, por ende, a ellos no les son aplicables los "nuevos principios jurídicos" determinación, interpretación y modificación unilaterales por parte de la administración. Por el contrario, tales "nuevos principios jurídicos" se entienden incorporados, aun sin estipulación expresa que así lo diga, a los contratos que se celebren con posterioridad al dos de febrero de 1983, fecha de vigencia del Decreto Ley 222 de 1983.

ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales / LAUDO EXTRA PETITA / LAUDO ULTRA PETITA

La causal octava alegada (haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido) viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P.C. La corte Suprema de Justicia ha señalado que esta causal tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis: a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita), b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), y c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínimo o citra petita). En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en "causa petendi" distinta a la invocada por las partes. En el sub - lite, acertado o no el laudo, en cuanto a sus determinaciones, cierto es que se ajustó genéricamente a la materia arbitral enunciada por las partes.

LUCRO CESANTE - Improcedencia / CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / COMPETENCIA / CLAUSULA ARBITRAL / CLAUSULA DE COMPROMISO

Al regular taxativamente las partes el tema de las prestaciones originadas por la terminación anticipada del negocio y no incluir expresamente el concepto de lucro cesante, de que se vio privado el consorcio por la no prosecución del plazo inicial convenido, se impone concluir que fue voluntad excluir de la indemnización dicho rubro. En síntesis, la cláusula 2.55 constituye, por este aspecto, una de las llamadas "limitativas de responsabilidad", que no contrarían el derecho público, ni el orden público, ni las buenas costumbres, está llamada a cumplir el propósito que tuvieron sus autores cuando la concibieron. Las partes se autolimitaron los temas que se someterían a solución arbitral y, por lo mismo, al querer extender la competencia arbitral al rubro "lucro cesante", desbordaron el marco de la cláusula arbitral, sin facultad para entonces, pues es bien sabido que la estipulación arbitral como accesoria a un contrato debe convenirse en toda su dimensión antes de que surja el conflicto: otra es la situación y el mecanismo que la ley brinda para cuando ya se conocen las diferencias surgidas entre las partes, mediante el contrato de compromiso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Santa fe de Bogotá D.C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Radicación número: 5326

Actor: CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL

Demandado: CONSORCIO DOMI PRODECO - AUXINI

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por "CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL", contra Laudo Arbitral proferido el cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre las sociedades "Desarrollo de Operaciones Mineras, DOMI", "C.I. PRODECO Productos de Colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A.", consorciadas entre sí, de una parte y, de la otra, "Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL", cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

"PRIMERO: Declárase que es válida y eficaz la cláusula distinguida con el número 2.55 Parte 2 - CONDICIONES GENERALES del contrato celebrado entre el consorcio DOMI PRODECO AUXINI y CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, contenido en la escritura pública número 3.458 de 17 de julio de 1981, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"SEGUNDO: declarase que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula perjuicios al Consorcio DOMI PRODECO AUXINI, que debe indemnizarle.

"TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, condénese a la empresa industrial y comercial del Estado, CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, a pagar en Bogotá D.E. al Consorcio DOMI PRODECO AUXINI, por intermedio de su apoderado general señor Antonio Arciniegas del Cerro, las siguientes cantidades de dinero, por los conceptos que respecto de cada una se expresan, a saber:

"1) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150).

"2) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6.732.856.190).

"3) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$63.862.621).

"4) Por concepto de indemnización de lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$308.930.598).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado por el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$3.668.800.000).

"CUARTO: Deniéganse las demás pretensiones del Consorcio DOMI PRODECO AUXINI a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987.

"QUINTO: CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, le dará cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 176 del código Contencioso Administrativo.

"SEXTO: Para los efectos previstos en el Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, remítase copia de este laudo, con constancia de su ejecutoria al Presidente de CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL y al Procurador General de la Nación.

"SEPTIMO: Condénase a CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, en el 80% de las costas del proceso arbitral. Las Agencias en Derecho las estima el Tribunal en TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000). La liquidación general de las costas es la siguiente:

" - Honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento	\$113.176.450
- Agencias en Derecho	<u>\$ 30.000.000</u>
TOTAL	\$ 143.179.450

Proporción del 80% \$ 114.543.560" (fls. 114 a 116 del Laudo Arbitral).

OBJETO DEL RECURSO

Expresa el señor apoderado de "CARBOCOL" en su escrito de sustentación (fls 20 a 94, C. 1) que el recurso..... persigue que el H. Consejo de Estado, con fundamento en las causales previstas en los numerales 7,8, y 9 del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, y cuya incidencia en el laudo recurrido se demostrará ampliamente en este escrito, corrija dicho fallo, anulando todas y cada una de las condenas allí impuestas a CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL Y rechazando, en consecuencia, todas y cada una de las pretensiones formuladas por el Consorcio DOMI - PROCENDO - AUXINI en el Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria y en el Convenio celebrado entre las partes que constan en los documentos privados de fecha 13 de marzo de 1987". (fl. 22 c. 1).

Luego de narrar los antecedentes que condujeron a CARBOCOL y al consorcio a suscribir los documentos de fecha 13 de marzo de 1987 (convenio sobre la intención de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las diferencias no solucionadas directamente por las partes, y Acta de Desarrollo de la Cláusula compromisoria pactada en el contrato contenido en la Escritura Pública No 3458 de 17 de julio de 1981 de la Notaria Segunda del Círculo de Bogotá, el recurrente analiza pormenorizadamente el laudo arbitral impugnado y el salvamento de voto suscrito por el árbitro Dr. Gustavo Humberto Rodríguez, para adelantarse luego en prolija exposición de las causales en que fundamento el recurso y la demostración de los cargos que formula contra la providencia arbitral objeto del mismo. A ellos se referirá la Sala mas adelante, al examinar cada uno de los aludidos cargos. Recapitula el recurrente los reparos que le merece el laudo, así:

"Primero. - Dentro de la tesis de que la cláusula 2.55 es aplicación de los principios que gobiernan la terminación unilateral de los contratos administrativos, el Tribunal falló sobre materias que no estaban ni podían estar sometidos a su decisión, según lo prevé el Artículo 76 del Decreto 222 de 1983.

"Segundo. - Como la petición b.3 que el Tribunal consideró llamada a prosperar, no incluida la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, alegados por el Consorcio, también al efectuar las condenas respectivas los árbitros fallaron sobre puntos no sujetos a su decisión.

"Tercero. - Idéntica consecuencia se sigue del hecho de que los árbitros hayan incluido entre las condenas a cargo de CARBOCOL, costos o gastos que no quedaron comprendidos ni fueron mencionados en la reclamación que el Consorcio presentó en septiembre de 1985 y que puesto en marcha el procedimiento para fijar las diferencias que se someterían al Tribunal y la indexación de las partidas que correspondían al daño emergente y al lucro cesante, puesto que la pretensión b.3 no contempla estos aspectos, sino el cumplimiento en naturaleza de una obligación impuesta por el Artículo 2056 del Código Civil.

"Cuarto. - El laudo concede más de lo pedido por el Consorcio, porque condenó a CARBOCOL a pagarle más de lo que había solicitado en su reclamación de

septiembre de 1985, por concepto de los denominados gastos de primer establecimiento.

"Quinto. - El laudo contiene disposiciones contradictorias porque después de declarar válida y eficaz la Cláusula 2.55 del contrato, la deja sin efecto y regula la situación como lo habría hecho si ella no se hubiera pactado, dando aplicación preferente a una disposición del Código Civil sólo válida para los contratos de obra en los cuales se estipula un precio único y total, no obstante reconocer en la forma como impone las condenas, que se trataba de un contrato de ejecución sucesiva que fijaba el precio de la explotación confiada al Consorcio, en consideración al asignado a cada tonelada extraída.

"Sexto. - El Tribunal incurrió en incongruencia cuando condenó al pago de las sumas señaladas como valores del daño emergente y del lucro cesante, porque simultáneamente, reconoció que el Consorcio experimentaba cuantiosas pérdidas derivadas de los contratos celebrados con Domi y afirmó de otra parte, que había obtenido utilidades, sin hacer, como debía, el balance entre ingresos y egresos; y porque incluyó entre las cifras correspondientes al reembolso de los pretendidos gastos del Consorcio, la cantidad que se le había pagado, como precio de la maquinaria y, además, contra su decisión de acceder al pago de la cantidad deducida por concepto de saldos insoluto del anticipo, incluyó un valor entre los mismos gastos que ordenó reembolsar.

"Séptimo. - Se contradijo el Tribunal en su fallo cuando pretendiendo dar aplicación al Artículo 2056 del Código Civil y después de dejar sentado en la parte motiva que dicho precepto se contraía a los costos causados durante el tiempo de ejecución del contrato, extendió su reconocimiento más allá del 31 de agosto de 1985 y cuando tomó como gastos o costos financieros del Consorcio aquellos que, según la abundante prueba suministrada por éste, eran laborales causadas con posterioridad a la terminación del contrato y, en cambio, dispuso que se reconociera el valor de los de vigilancia y cuando aceptó los cálculos también contradictorios hechos por los Peritos Financieros para fijar la hipotética utilidad que el Consorcio había obtenido si no se hubiera puesto término anticipado al contrato.

"Octavo. - En fin, cuando quiso determinar el número total de toneladas que se explotarían en los últimos cinco meses del tercer año, de acuerdo con el respectivo Plan de Minería y con los certificados provisionales de producción, el Tribunal incurrió en errores aritméticos derivados de que pretendió, contra lo dicho en esos documentos, que el llamado carbón destapado existente al principio del año, no podía contabilizarse dentro de la producción de dicho año y porque, además, se equivocó en cuanto al total que se preveía en el Plan y dejó de deducir las 18.000 toneladas que fueron explotadas en el mes de agosto de 1985, llegando a establecer el supuesto lucro cesante de este período, en cifra que tampoco tuvo en cuenta las pérdidas acumuladas hasta el 31 de marzo de 1985". (fls. 90 a 93 Cdo 1).

Finaliza el extenso escrito sustentatorio del recurso que ocupa ahora la atención de la Sala, con el siguiente acápite:

"VII - LAS CORRECCIONES SOLICITADAS:

"En atención a las razones largamente expuestas en los capítulos anteriores y teniendo en cuenta que la validez y la eficacia de la Cláusula 2.55 incorpora al

contrato, implican su reconocimiento como la estipulación de una condición potestativa, pactada dentro de un contrato de ejecución sucesiva o, según se expresa en el fallo, de un convenio sobre terminación unilateral igualmente válido que forma parte no de uno de obra sino específico de explotación minera de carbón, deberá corregirse el laudo para negar todas y cada una de las pretensiones formuladas por el Consorcio y reconocer, en cambio, que CARBOCOL ajustó su conducta estrictamente a lo que preveía el contrato para el evento de la terminación anticipada.

"Además, como resultado de la negativa a las pretensiones del Consorcio deberá también corregirse el numeral SEPTIMO de la parte resolutive en cuanto hizo condenación en costas a cargo de CARBOCOL, para, en su lugar, hacerla al consorcio por las costas tanto del proceso arbitral como del presente recurso. Así lo solicito.

"De esta manera, se restablecerá el imperio del Derecho y se frustrará la intención de convertir el contrato celebrado entre las partes, en la ocasión, siempre perseguida desde la Conquista, de hallar los tesoros del El Dorado en nuestras tierras, intención que pone de manifiesto el hecho advertido y comprobado por los Peritos Contables, de que el Consorcio no hizo inversión alguna de recursos propios en el desarrollo de los trabajos que se le encomendaron". (fl. 93 Cdno 1).

REPLICA DEL CONSORCIO DOMI - PRODECO - AUXINI

Oportunamente el señor apoderado del consorcio "Domi - Prodeco - Auxini" describió el traslado que le fuera conferido y en no menos extenso escrito que aparece a fls. 115 a 166 del cuaderno principal expuso sus puntos de vista, para replicar el recurso de anulación interpuesto y sustentado por "Carbocol". La Sala se referirá a los planteamientos del Consorcio opositor a medida que avance en el examen de cada uno de los cargos enrostrados por el impugnante al laudo arbitral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

A folios 169 y siguientes del cuaderno principal obra la vista de fondo de la señora Fiscal Segunda de esta Corporación, quien advierte que conceptúa en virtud de la autorización que el Decreto - ley 01 de 1984 otorga al Ministerio Público para intervenir, a su arbitrio, en los procesos que se ventilen ante esta Corporación. La vista fiscal será objeto de ulterior análisis.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1a. Es competente esta Corporación para conocer del recurso propuesto y decidirlo, a la luz de lo dispuesto tanto por la normatividad vigente cuando se interpuso el recurso (Decreto - Ley 01 de 1984, art. 128, num 12.), como a la de las disposiciones que rigen en la fecha de esta providencia (Decreto - Ley 2304 de 1989, artículo 20, Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y Decreto 2651 de 1991).

2a. Diecisiete (17) son los cargos que el recurrente enrostra al laudo impugnado, los cuales agrupa en tres (3) rubros así:

"A. Con respecto a la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes;

"B. En lo referente a la aplicación de la Cláusula 2.55 del Contrato; y,

"C. En lo relacionado con los fundamentos de la reclamación del Consorcio.

Cinco (5) de ellos, los enlistados bajo las letras A,B,C,D y E del capítulo VI del escrito de sustentación del recurso de anulación, vienen estructurados con apoyo en la causal 8a. del original art. 672 del C. de P.C. ("Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido"); once (11) - los enumerados como A. 1, B. 1, C. 1, D.1 ,E. 1, F. 1,G. 1,H. 1, I. 1J. 1, y K. 1, se montan sobre la causal 7a. del citado precepto ("Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias") y uno (1), el del apartado 3 del Capítulo VI, se desarrolla con base en la causal, 9a. del aludido artículo 672 ("Haberse omitido en la resolución cuestiones sujetas al arbitramento").

3a. La Sala procederá a desatar el recurso de anulación sub - examine, con arreglo al siguiente plan: expondrá inicialmente los antecedentes principales de la controversia suscitada entre "Carbocol" y el Consorcio "Domi - Prodenco - Auxini" que llevaron a la constitución del Tribunal de Arbitramento que profirió el Laudo impugnado (Capítulo 1); seguidamente formulará consideraciones de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del recurso de anulación de laudos arbitrales (Capítulo II); posteriormente examinará, a espacio, el concepto de fondo emitido por la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación (Capítulo III); luego presentará sinopsis de las condenaciones efectuadas en el laudo contra "Carbocol" y en favor del consorcio "Domi - Prodenco - Auxini" (Capítulo IV); en seguida se adentrará en el análisis de cada uno de los cargos formulados por el impugnante y la réplica del consorcio opositor (Capítulo V); antes de concluir y resolver el recurso, habrá un aparte destinado a "observaciones finales" que la Sala entiende de alguna utilidad por contener críticas a las situaciones puestas a su consideración (Capítulo VI); para deducir, finalmente, las conclusiones del caso y emitir fallo definitivo (Capítulo VII).

CAPITULO I ANTECEDENTES:

Los presenta así la doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segunda de esta Corporación, en su concepto obrante a folios 169 y siguientes:

"Las partes (...) celebraron en julio 17 de 1981 un contrato de explotación de carbón de las minas del Cerrejón Zona Central. Se pactó igualmente la ejecución por parte del Consorcio de la construcción de las obras que constituían toda la infraestructura necesaria para realizar el objeto principal del contrato; a estas obras de construcción se les denominó en el contrato 'Trabajos Relacionados'.

"Los términos y condiciones del contrato están contenidos en varios documentos que incluyen, además de trece cláusulas acordadas por las partes, dos grupos de anexos, a saber:

"a) Cuatro anexos, elaborados por CARBOCOL, que reproducen sin modificaciones los capítulos correspondientes del pliego de cargos y contiene las instrucciones impartidas a los proponentes por Carbocol (1.1 a 1.26), las condiciones generales (2.1 a 2.70) y especiales (3.1 a 3.20) del contrato, y la descripción del proyecto (pag. 35 a 40).

"b) Un anexo formado por los documentos que constituyen la propuesta del Consorcio formado por: la carta de presentación (pag. 42 y 43), la lista de precios

(pag. 43) y sus anexos (Pág 44 a 51), la información de la propuesta (Pág 51 a 68) y dos capítulos de información: 4.1 Plan de minería y 4.2 Trabajos relacionados.

"Entre los dos grupos de anexos se insertó un cuadro que presenta el programa de desarrollo del proyecto,

"En la cláusula segunda se expresó que las condiciones del contrato son las contenidas en los documentos que se han enumerado 'y cuyo texto forma parte integrante' del contrato.

"Su objeto es 'la explotación técnica por parte del contratista de diez millones de toneladas de carbón de la mina El Cerrejón situado en el Municipio de Barrancas (Guajira). En el objeto se incluyen las obras denominadas: Trabajos Relacionados', que son las obras y construcciones que constituyen la infraestructura de la mina.

"Los trabajos de minería encomendados al Consorcio para la extracción del carbón descritos en el capítulo de especificaciones'.

"El precio pactado, de acuerdo con la alternativa escogida por Carbocol, tiene dos componentes: un precio unitario por cada tonelada de carbón y una suma global por cada uno de los elementos que en conjunto constituyen los trabajos relacionados. Los precios son los que se indican en la carta de presentación de la propuesta (pág. 42) y se discriminan en la lista de precios.

"Se establecieron así mismo las condiciones de pago.

"El precio del contrato se cancelaría mensualmente sobre las cantidades de carbón efectivamente entregadas; en cuanto a los trabajos relacionados, se pactaron treinta y seis contados iguales.

"El contratista recibió un anticipo equivalente a ocho millones de dólares que podía aplicar a la adquisición del equipo de minería o a otros fines relacionados con la ejecución del contrato.

"El término de duración era el que resultara del programa de las obras acordado por las partes y consignando en el cuadro que aparece a la página 41 del contrato. Ese programa contempla una primera entrega de 300.000 toneladas en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1982 y el 1º de septiembre de 1983 y el apilamiento en esa fecha de 49.000 toneladas; la entrega de 700.000 en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1983 y el 1º de septiembre de 1984; y, el apilamiento en esa última fecha de 100.000 toneladas. A partir del 1º de septiembre de 1985, el programa contemplaba la entrega de 1'500.000 toneladas en cada año, a razón de 125.000 toneladas por mes, en seis períodos anuales, el último de los cuales debía concluir el 1º de septiembre de 1990, que era la fecha final prevista para la terminación del contrato, quedando apiladas 100.000 toneladas de carbón.

"Terminación anticipada del contrato:

"Carbocol se reservó el derecho de terminar unilateralmente el contrato en las cláusulas que contemplan situaciones distintas.

"En la cláusula 2.55 de las Condiciones Generales de la licitación, Carbocol estipuló que podría dar por terminado el contrato 'avisando al contratista con una semana de anticipación. En este caso Carbocol no tiene que motivar su determinación, pero, al tenor de la misma cláusula, 'pagará todo el trabajo ejecutado con anterioridad a la fecha de terminación, incluyendo los pagos que allí se determinan.

"El párrafo 2.61 establece una segunda causal de terminación del contrato fundada en diversos hechos o eventos que configuran un incumplimiento del contrato.

Esta Cláusula, designada con el título de 'Incumplimiento del Contrato' se asemeja a la que comúnmente se conoce con el nombre de 'cláusula de caducidad'.

"Las partes establecieron un procedimiento para la cancelación de controversias en la cláusula 2.67, que prevé la posibilidad de acudir al arbitramento como última instancia para resolver las diferencias que surgieron entre las partes respecto de la interpretación o del incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas.

"Para dar comienzo a la ejecución del contrato, el Consorcio presentó a Carbocol en septiembre 25 de 1981 el plan de minería y de trabajos relacionados.

"Sobre el desarrollo del objeto del contrato, los diferentes problemas que surgieron, los logros obtenidos etc., aparece abundante documentación entre los anexos y en especial en el Volumen 2 de plástico negro.

"Debido a diferentes y múltiples circunstancias, el proyecto del Cerrejón Central no dió los resultados económicos esperados y fue así como la empresa Carbocol encargó la elaboración de un estudio sobre el problema y las soluciones que se podrían dar al mismo, incluyendo La posibilidad de suspensión de las actividades.

"En los muchos documentos que fueron anexados aparece el estudio a que se ha hecho referencia (ver cuaderno argollado identificado como Documentos X).

"Considerando lo anterior y después de múltiples reuniones para tratar de solucionar el problema, la Junta Directiva de la Empresa en sesión de febrero 22 de 1985, tomó la decisión de terminar el contrato de explotación suscrito con el Consorcio, haciendo uso de la cláusula 2.55 del contrato sobre terminación unilateral. (subrayas fuera del texto).

"Dando cumplimiento a la decisión de la Junta Directiva, el Gerente de la Empresa Carbocol, expuso en marzo 13 de 1985:

,"En ejercicio del derecho estipulado en la Cláusula 2.55 del Contrato suscrito entre CARBOCOL y ese Consorcio el día 17 de julio de 1981, y en cumplimiento de instrucciones impartidas por la Junta Directiva de la Empresa, me permito comunicarles que CARBOCOL ha decidido dar por terminado el mencionado contrato a partir del día 10 de septiembre de 1985.

" ' Como consecuencia de lo anterior les solicito la designación de la persona o personas para que conjuntamente con el Interventor y las personas designadas por CARBOCOL, procedan de inmediato a adelantar las labores de liquidación de acuerdo . con las condiciones y estipulaciones contenidas en el contrato, labor que se deberá desarrollar durante el lapso comprendido desde la fecha de esta

comunicación hasta el día 31 de Agosto, fecha esta última, en la cual CARBOCOL, procederá a recibir el área, instalaciones, equipos etc.

" ' Para los efectos previstos en la presente comunicación, durante los meses de marzo, abril y mayo deberá el Consorcio extraer y procesar todo el carbón que ha sido descapotada y cuyo volumen asciende aproximadamente a 420.000 toneladas.

Durante los meses de junio, julio y agosto su labor deberá estar circunscrita a procesar y cargar la totalidad del mineral extraído, con el fin de que los patios de almacenamiento queden totalmente vacíos al concluir el mes de agosto. - Tomada la, anterior decisión y. comunicada al Consorcio, se procedió a realizar las labores para la liquidación del contrato.

"El consorcio con fecha 27 de septiembre de 1985 presento a la Empresa Carbocol una primera reclamación cuantificada sobre ciertos pagos que a u entender debía realizar Carbocol para compensarle algunos gastos e inversiones ya realizado y reclamó igualmente los perjuicios causados como consecuencia de la terminación unilateral del contrato. Más adelante el consorcio complementó esta primera reclamación con otras peticiones.

" ' Carbocol por su parte no aceptó las reclamaciones que le formuló el Consorcio, lo que hizo necesario adelantar los trámites previstos en la cláusula 2.67 del contrato, en casos de controversias.

"Dando cumplimiento a lo previsto en la mencionada cláusula contractual, el Consorcio envió al Interventor la copia de las reclamaciones presentadas inicialmente a Carbocol. En comunicación de fecha 31 de julio de 1986 el Interventor se refirió a cada una: de las reclamaciones (volumen 3 carpeta negra).

"El paso siguiente fue someter ju diferencias a la decisión de un: Tribunal de Arbitramento, para lo cual las partes contratantes elaboraron la correspondiente Acta de desarrollo de la cláusula compromisoria, en la cual señalaron las diferencias y pretensiones de las partes que sometían al Tribunal de Arbitramento (ver Acta al fl. 30 carpeta rotulada paquete No 5).

"En el punto específico de Pretensiones se estableció:

" El Tribunal deberá decidir sobre la validez y en general, la eficacia de la cláusula 2.55 del Contrato...'

'Las peticiones que continúan son variantes de la primera en el sentido de solicitar la indemnización de los perjuicios en el supuesto de que el Tribunal declare nula o ineficaz la mencionada cláusula; o solicitar el reembolso de todos los costos y el, pago de la que hubiera podido ganar el Consorcio en la realización de los trabajos.

"Subsidiariamente solicita también el, Consorcio, que en el supuesto de declarar que la, cláusula 2.55 del contrato es válida o eficaz, se establezca si Carbocol al aplicarla abusó de sus derechos, o si se dieron o no las circunstancias o motivos que justificaban su aplicación.

"En últimas y con el fin de mantener o restablecer el equilibrio financiero del contrato, el Consorcio reclama, también en forma subsidiaria, el pago de las

sumas de dinero que se acrediten dentro del trámite del arbitramento; o que el Tribunal establezca si las cuantías y conceptos contenidos en la reclamación que presentó el Consorcio a Carbocol el día 27 septiembre de 1985 deben serle reconocidos y pagados.

"Para concluir, el, Consorcio solicita del Tribunal que se pronuncie sobre el incumplimiento por parte de Carbocol a sus obligaciones legales y contractuales, y que se pronuncie igualmente, sobre si en el presente caso existió un enriquecimiento sin causa a favor de Carbocol".

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

PRIMERA. - Sobre las características que distinguen el recurso de que se trata, expresó la Sección Tercera del Consejo lo siguiente:

"1a. Su 'objeto' lo fija exclusivamente el recurrente, dentro del marco de causales taxativamente consagradas en la ley;

"2a. A través de él no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, '...es decir, si hubo o no errores IN JUDICANDO diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales, y tampoco para revisar el aspecto probatorio, - es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas', como lo enseña el procesalista doctor Hernando Davis Echandía, quien además agrega: '... a diferencia del de casación no es posible atacar la sentencia por errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación e interpretación errónea), como consecuencia indirecta de errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas', por lo cual concluye que 'ES MAS RESTRINGIDO AUN QUE EL PRIMERO'. (Compendio de derecho Procesal. Tomo III, El Proceso Civil. Volumen segundo. Parte Especial. Sexta Edición. Editorial Colinther, Bogotá, 1985, pág 832).,

"3a. La filosofía jurídica anterior explica bien que la cuestión de mérito no puede tener sino una sentencia. 'Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera dependa del acto compromisorio' (Hernando Morales Molina, Artículo publicado en Derecho Colombiano, junio de 1977) (Subrayas fuera de texto).

"4a. Las causales deben ser alegadas como principales y no en forma condicional o sucesiva, lo que explica que con la misma orientación deben ser estudiadas;

"5a. A través del recurso se impugna una providencia ejecutoriada,'... de modo que se origina en una acción bien distinta de],a que determina el proceso arbitral mismo' (Hernando Morales, Artículo en antes citado). (Sentencia de 28 de mayo de 1987; Impugnante: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica 'ICEL'. 'ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO' Tomo CXII, números 493 - 494, Primer Semestre de 1987, Vol. II, pág 1993 y siguientes).

SEGUNDA. - A lo dicho entonces, cabe agregar ahora lo siguiente, para determinar la naturaleza jurídica del recurso de que se trata:

a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.

b) A través de los cargos que se formulen contra el laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretenderse la información del laudo (*iudicium rescinuens*), sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (*iudicium rescisorium*), como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES MOLINA, la causal 9a del derogado art. 672 del C. de P.C., hoy causales de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento (crf. Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse próspera una de las causales la a 6a., se debería decretar "la nulidad de lo actuado"; en tanto que sí se encontrase fundada una de las causales 7a a 9a., ambas inclusive, "se corregirá o adicionará" el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que "cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1,2,3,4,5 y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará".

c) Los poderes del Juez de recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidarse, a este propósito, que el recurso de anulación de que se trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 6722, inc 1º., reemplazado por el art. 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente "rogados".

Con base en tales apreciaciones la Sala evocará, en el Capítulo V de estas consideraciones, el examen de cada uno de los cargos endilgados al laudo impugnado, los cuales toman apoyo, únicamente - según ya se dijo - en las causales 7a. 8a, y 9a., del sustituido artículo 672 de C. de C.P., que, bueno es recordarlo, no dan lugar a declaratoria de nulidad alguna sino que, de encontrarse prósperas, abrirían paso a la corrección o a la adición del laudo. Vale advertir, así mismo, que las anteriores premisas fundamentales de esta sentencia serán materia de reiteración o de ampliación, si tal fuere el caso, a medida que se analicen los diferentes cargos que el impugnante enrostra al laudo. (Capítulo V de las presentes consideraciones).

CAPITULO III

EL CONCEPTO DE FONDO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Segunda de la Corporación en su visita de fondo rememora los principales antecedentes que llevaron al pronunciamiento del laudo impugnado y, comienza por formular las que denomina "observaciones preliminares" en relación con la competencia del Tribunal de Arbitramento, para conocer y decidir la materia a él sometida. Sobre ese particular y partiendo de la premisa de que el contrato de explotación de carbón que vinculó a CARBOCOL con el Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI era de naturaleza administrativa, discurre en la forma que a continuación resume la Sala así:

1) Cuando la administración utiliza sus privilegios, los que en materia de contratación administrativa se concretan en las llamadas "cláusulas exorbitantes", como la decisión de dar por terminada en forma unilateral una relación contractual, expide un acto administrativo. La decisión adoptada por la Junta Directiva de CARBOCOL en su sesión del 22 de febrero de 1985 (Acta No 158), en el sentido de dar por terminado en contrato entonces existente entre esa entidad y el Consorcio, no obstante la ausencia de formato especial, constituyó un verdadero acto administrativo que le fue comunicado al Consorcio contratista mediante oficio de fecha 13 de marzo de 1985. Esa determinación unilateral de CARBOCOL "fue admitido" por parte del consorcio quien se dedicó a preparar toda una serie de documentos para efecto de realizar la liquidación del contrato. Fue precisamente en relación con los efectos del acto administrativo que surgió el problema, al considerar el Consorcio que la Empresa debía reconocerle una serie de gastos y pagarle diferentes sumas de dinero por diversos conceptos, que no estaban incluidos en la cláusula 2.55 del contrato.

2) El artículo 193 de la anterior Constitución Política atribuía exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo "el juzgamiento de los actos administrativos, hasta el extremo de que la declaración de su ilegalidad o de nulidad debe provenir del órgano competente" de dicha jurisdicción. Consiguientemente, una vez expedido el acto administrativo de terminación unilateral en ejercicio de la cláusula 2.55 del contrato, "esa decisión subsiste mientras no sea suspendida o anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. "De otra parte, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto número 1 de 1984, "si un acto administrativo adoptado infiere o desconoce un derecho o se causa un daño a una persona, para lograr restablecer el derecho y el reconocimiento y pago por los perjuicios, es indispensable pedir la nulidad del acto, que es la causa del perjuicio. En este orden de ideas si se considera que la decisión de Carbocol que puso término al contrato causó perjuicios al contratista particular, lo procedente es pedirle al órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa que declare nulo el acto y como consecuencia condene a la mencionada entidad a pagar los perjuicios. Pero esta indemnización tiene que ser dispuesta, por imperativo del art. 193 de la C.N. - 1a de 1886 - , por el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa, en modo alguno por un Tribunal de Arbitramento, que al hacerlo infringió el art. 193 de la C.N. y usurpó la competencia del órgano correspondiente".

3) Si el acto administrativo mediante el cual CARBOCOL dio por terminado unilateralmente el contrato no ha sido revocado, ni suspendido, ni anulado, subsiste como tal y está amparado por las presunciones de validez y legalidad.

"En consecuencia, mal podía un Tribunal de Arbitramento sin competencia, condenar a Carbocol a pagarle perjuicios al contratista con fundamento en unas declaraciones que solo el juez contencioso administrativo, al anular el acto, podría decretar. En otros términos, si el acto administrativo que terminó el contrato subsiste y no ha sido objeto de ninguna clase de juzgamiento, no es posible condenar a la administración, a pagar perjuicios."

Agrega el concepto Fiscal, que la irregularidad es mas relevante en el presente caso, "porque el Tribunal de Arbitramento que se arrogó la facultad de juzgar la cláusula 2.55 del contrato, sin competencia para ello, la declaró válida y sin embargo condenó a carbocol a pagar perjuicios sin efectuar el juzgamiento del acto administrativo que dio por terminado el contrato, única manera posible de condenar en perjuicios a la entidad de derecho público. " (Las subrayas no son del texto).

Resulta antagónico este último planteamiento con los argumentos resumidos en el numeral 2, porque si según lo allí visto, sólo el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa podía pronunciarse sobre la legalidad del supuesto acto administrativo proferido por la Junta Directiva de Carbocol, mediante la cual se dió por terminado el contrato con el Consorcio, conforme el art. 193 de la anterior Constitución, en virtud de qué norma o principio pudo adquirir competencia el Tribunal de Arbitramento para "efectuar el juzgamiento del acto administrativo" que terminó unilateralmente el contrato ?. O es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la única competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos o no lo es. Si lo primero es cierto, como sin lugar a dudas lo es, cuál el fundamento valido para sostener que el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo impugnado ha debido entrara juzgar el pretendido acto administrativo de terminación unilateral del contrato?

4) Cuando se integró el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo impugnado - agrega la Fiscal. - , se encontraba vigente el art. 76 del decreto 222 de 1983 que excluye en forma expresa de la decisión arbitral las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV de dicho decreto, entre los cuales se encuentra la terminación unilateral del contrato de acuerdo con lo previsto por el art. 19 ibídem. Esos dos artículos "son normas de orden público de inmediata y prevalente aplicación. Por lo que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para juzgar como lo hizo la cláusula 2.55 de contrato. En consecuencia, no podía ocuparse en modo alguno de esta cláusula ni menos de sus efectos. Al haber procedido como lo hizo, el Tribunal de Arbitramento violó los mencionados artículos del Decreto Ley 222 de 1983 y, por consiguiente, su determinación está viciada de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto por la Ley 50 de 1936 y los artículos 152 del C. de P.C. y 1523 del Código Civil".

5) En cuanto al acta de desarrollo de la cláusula compromisoria, observa la colaboradora fiscal que, por definición, al trámite arbitral pueden someterse las diferencias entre el consorcio y Carbocol se refieren a los efectos de la terminación del contrato y están especificadas, concretamente, en la solicitud que el consorcio contratista hizo inicialmente a Carbocol y a la posterior adición, sin que en ninguna de ellas se hubiese cuestionado la legalidad o eficacia de la cláusula 2.55 del contrato; que ello no obstante, "en el acta de compromiso que delimitó la materia sobre la que debían decidir los árbitros, se contempló básicamente un solo punto que fue controvertido por las partes". De allí deduce la señora Fiscal que "la materia que se sometió a decisión arbitral fue diferente a la que dio origen a las diferencias entre las partes" y que también por este aspecto

'los árbitros carecían de competencia?'. Concluye solicitando que el laudo que se estudia sea anulado en su totalidad

En concepto de fondo la señora del Ministerio Público ante esta Corporación, agrega: "Sin embargo este despacho se permite hacer algunas otras consideraciones BASANDOSE EN EL ESTUDIO REALIZADO POR EL DOCTOR OSWALDO SEPULVEDA QUINTERO. ABOGADO ASESOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. " (Folio 183). (Sublineas y mayúsculas de la Sala). Y a continuación procede a transcribir apartes del aludido estudio.

La Sala no podrá tener en cuenta lo expresado por la Señora Fiscal del Consejo de Estado, con apoyo en el referido estudio del doctor Sepúlveda, ni el estudio mismo, obrante a folios 195 a 241 del cuaderno principal, por cuanto dicho escrito no formaba parte del expediente para cuando la doctora Edné Cohen Daza emitió su vista de fondo. El fue remitido a los integrantes de la Sección Tercera con nota suscrita por el entonces Procurador General de la Nación, doctor Horacio Serpa Uribe, con oficio número DP - 709 de fecha 3 de octubre de 1988 (fl. 195, C, 1), recibido el 7 de los propios mes y año, cuando habían vencido ya los términos para las alegaciones. Esa actuación, resulta inadmisibile para la Sala, máxime si se tiene en cuenta que el Consejero conductor del proceso, en auto de fecha 10 de octubre de 1988, visible a folio 242 del cuaderno principal y que se halla ejecutoriado pues contra él no se interpuso recurso alguno, dispuso lo siguiente: "El anterior oficio No DP - 709 del 3 de octubre en curso, suscrito por el señor Procurador General de la Nación y su anexo, recibidos en este Despacho el 7 del mismo mes, se agregarán por Secretaría al expediente para ser considerados en su oportunidad, si a ello hubiere lugar en derecho". (Destaca la Sala).

Ahora bien. En relación con los restantes planteamientos formulados por la señora Fiscal, la Sala considera pertinente hacer las siguientes observaciones:

1a. - No es admisible, dentro de la estricta técnica que caracteriza el recurso a estudio de la Sala que el Ministerio Público, sin haber sido constituido parte en la controversia arbitral, y sin haber incoado la anulación, formule planteamientos nuevos y distintos a aquellos que el verdadero y único impugnante ha presentado en la sustentación del recurso. de la misma manera que al, opositor no le es dable , formular consideraciones ajenas a los argumentos presentados por el recurrente. La actuación del ministerio Público, habida cuenta del principio dispositivo que informa la técnica propia del recurso de anulación y al cual se hizo referencia al comienzo de las consideraciones, está estrictamente delimitada por los cargos que el recurrente hubiere formulado y, por ende, la vista fiscal debe referirse exclusivamente a ellos, sin que le sea permitido invocar causales o motivos de anulación diferentes a aquellos a los que el recurrente circunscribe su impugnación. Admitir lo contrario equivaldría a aceptar, sin texto legal alguno que sirva de fundamento a esa conclusión, que para la interposición y sustentación del recurso de anulación de laudos arbitrales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, existen dos oportunidades diferentes: una, la que consagraba el inciso lo del original art. 672 del C. de P.C., hoy art. 39 del Decreto 2279 de 1989, para las partes; y otra, no dispuesta o contemplada en texto legal, para el Ministerio Público, el cual se extendería hasta el último día del término que se le conceda para rendir su concepto de fondo, solución desde todo punto de vista inadmisibile, por ¡legal puesto que implicaría el desquiciamiento del ordenamiento procedimental y del recurso extraordinario, con desconocimiento del debido proceso, del principio de igualdad de oportunidades, y del derecho de defensa del impugnante y del opositor.

2a. Los argumentos que expone la señora Fiscal son más propios de una alegación de instancia dentro de un proceso ordinario, en que se ventile una controversia respecto de un contrato administrativo o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, llamado a concluir con una sentencia declaratoria, o de condena, que de un recurso excepcional, de derecho estricto, como lo es el de anulación de laudos arbitrales, donde el "thema decidendum", según quedó dicho, está circunscrito exclusivamente por los cargos que taxativamente el impugnante enrostra a una providencia ejecutoriada cuya información, corrección o adición se pretende.

3a. No debe perderse de vista, que el recurso de anulación se interpone contra una providencia ejecutoriada, el laudo arbitral; que esa providencia clausuró, con fuerza de cosa juzgada, un debate jurisdiccional que comienza, justamente, con la calificación que el Tribunal de Arbitramento debe hacer de su propia competencia; que admitida por el Tribunal esa competencia; a las partes impugnar dicha aceptación por medio del recurso que la ley permite interponer, si es que tal calificación se reputaba errada por alguna de ellas. Mas si ello no aconteció así y, por el contrario, la aceptación de su propia competencia por parte del Tribunal de Arbitramento no fue discutida oportunamente por las partes dentro del proceso arbitral, no es precisamente durante el recurso de anulación del laudo Inoportunidad idónea para abrir la discusión de un tema ya clausurado y, menos aún, a instancia de quien no ostenta la calidad de parte en el recurso de anulación, sino por quien dictamina haciendo uso de una atribución que la propia señora Fiscal considera facultativa, que no obligatoria. (Folio 175). Basten, pues, las consideraciones que preceden para rechazar los planteamientos de la vista fiscal que esta Sala dejó resumidos atrás, bajo los numerales 1), 2) y 3). En cuanto a lo expuesto por la señora Agente del Ministerio Público con relación a la vigencia y aplicación inmediata del artículo 19 del Decreto Ley 222 de 1983 (numeral 4 de la síntesis hecha en este fallo), será materia de que se ocupará la Sala al efectuar el estudio de los cargos enrostrados por el recurrente al laudo acusado, que vienen montados con apoyo en la causal octava del original artículo 672 del C. de P.C. y, con respecto a la síntesis anterior hecha por la Sala, es suficiente anotar que el propio documento denominado "Acta de desarrollo de la cláusula compromisoria", suscrito entre Carbocol y el consorcio Domi - Prodeco - Auxini el 13 de marzo de 1987, contiene el punto central de la controversia existente entre las partes, el cual, giraba justamente, al rededor de la validez y eficacia de la cláusula 2.55 del contrato que las vinculó y en la cual tomó apoyo la determinación de dar por terminado el aludido contrato. Si ese punto concreto no hubiese sido el centro sobre el cual tornaban las diferencias de las partes, necio habría sido incluirlo, como en efecto lo fue, dentro de los temas que circunscribían la limitada órbita de competencia del Tribunal de Arbitramento. No es, pues, atendible por estas razones adicionales, la objeción que sobre el particular formula la vista fiscal.

CAPITULO IV

LAS CONDENAS IMPUESTAS POR EL LAUDO

El laudo impugnado, luego de declarar válida y eficaz la cláusula 2.55 del contrato (numeral primero de la parte resolutive), tras declarar que por la aplicación que Carbocol dio a dicha cláusula causó perjuicios al consorcio Domi - Prodeco - Auxini y debe indemnizarle (numeral segundo de la parte resolutive), impuso las siguientes condenas consecuenciales en el numeral TERCERO:

1. Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150.00).

Cómo llegó el Tribunal a ésta cifra?, pues, apoyándose en el dictamen de los peritos financieros, en el cual encontró:

a) Que el consorcio llevó a cargos diferidos en su contabilidad la suma de TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$390.931.341.00);

b) Contabilizó amortizaciones
de esos cargos diferidos por \$ 88.871.447.00

Saldo: \$302.059.894.00

c) Saldo por amortizar:

(De estos indexó \$146'158.013,
lo que dio..... \$213.731.270.00
No indexó..... 155.901.880.00
 369.633.150.00

(págs. 47 a 53 del aludo).

2. Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en el período comprendido desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6'732.856.190.00).

El Tribunal llegó a establecer esta cifra así:

a) Tomó los costos y gastos adicionales a los de primer establecimiento que fueron de \$390.931.341.00, a partir de la fecha en que comenzó a ejecutarse el contrato y hasta el 13 de marzo de 1985:

Egresos en este período por:
Gastos generales \$1.702.322.485.00
Arrendamiento bienes 567.560.211.00
Arrendamiento financiero 1.785.105.468.00(1)

(1)Gastos financieros del exterior
(Servicio de los préstamos en
moneda extranjera para
adquisición de maquinaria): \$626.202.383.00

Diferencia de cambio por capital
de trabajo, que corresponde a
los préstamos obtenidos en el
exterior. \$469.261.603.00

Comisión del 2.25% por la
contratación de los préstamos \$143.366.040.00

Gastos financieros locales
correspondientes al servicio de
las deudas contraídas en
moneda col.
\$543.098.759.00

Gastos Bancarios.....\$ 3.176.683.00

Subtotal.....\$4.054.988.164.00

Menos Ingresos en el período
venta de carbón..... \$3.662.475,57.00
Saldo a favor del Consorcio.....\$ 392.512.591.00

b) Costos en el período comprendido
entre el 31 de marzo (en realidad 1
de abril) y 31 de agosto / 85 (13 dice
el laudo).

Gastos generales de operación	\$ 768.271.246.00
Costos de bienes en arrendamiento	46.284.911.00
Arrendamiento financiero	<u>519.414.051.00(1)</u>

(1) Gastos financieros del exterior \$205.365.246.00
Diferencia de cambio capital de

trabajo	\$141.845.000.00
Comisión del 2,25%	41.266.685.00
Gastos financieros locales	121.215.880.00
Gastos bancarios	<u>10.721.240.00</u>

Menos Ingresos en el período
por venta de carbón: \$ 129.522.865.00

Saldo a favor del Consorcio \$1.204.447.343.00

c) Costos y gastos no reembolsados
en el período sept. 1185 a julio 31187

Gastos generales de operación	881.126.749.00
Saldo no amortizado de anticipo	\$1.016.183.397.00
Costos de arrendamiento (depre - ciación de la maquinaria y equipo).	\$4.867.183.794.00
Arrendamiento financiero	<u>\$3.101.962.545.0(1)</u>

(1) Gastos financieros del exterior \$1.131.648.267.00
Diferencia de cambio capital
del trabajo \$ 525.250.000.00
Comisión del 2.25% 299.692.612.00
Gastos financieros locales \$1.113.559.361.00

Gastos bancarios	<u>32.112.305.00</u>
3.101.962.545.00	
Menos: Ingresos en el período	
por venta de carbón y otros:	\$3.609.795.359.00(1)

(1) Intereses reconocidos por Carbocol en acuerdo de marzo 13 / 87	\$1.011.456.893.00
Compra de maquinaria por Carbocol	2.584.996.266.00
Reubicación personal extranjero	\$3.609.795.359.00

Saldo:.....	\$ (507.832.814.00)
-------------	---------------------

Suma de los saldos a favor del Consorcio en los períodos:

- a) 392.512.591.00 (pág. 5 dictamen pericial financiero)
- b) 1.204.447.343.00 (pág. 40 dictamen pericial financiero)
- c) 6.256.661.126.00 (pág. 42 dictamen pericial financiero)

Aquí el Tribunal dice que debe tenerse en cuenta un rendimiento del 38.26% sobre los US\$8.000.000.00 del anticipo y deducirlos del total de \$5.406.482.064.00 de arrendamiento financiero, o sean \$2.066.131.150.00, lo que disminuye los costos reembolsables, para un total a favor del Consorcio de:..... \$6.732.856.190.00 (Todo ello en los tres períodos. Pág 67 del laudo). Luego agrega:

"Esta cantidad de (\$6.732.856.190.00) es el resultado de deducir los gastos financieros correspondientes a los OCHO MILLONES (\$8.000.000.00) [de dólares, se permite aclarar la sala de la cantidad de OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS (\$8.798.987.340.00), que es la suma de las partidas indexadas por los peritos financieros en las aclaraciones de su dictamen pericial (Páginas 38 y 39)" [pág. 67 del Laudo].

3. Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$63.862.621.00).

Cómo llegó el Tribunal a esta cifra? Así:

Vigilancia en la mina luego de terminado el Contrato y hasta recibo obra por Carbocol \$58.850.333.00
(La diferencia entre \$63.862.621.00 y % 58.850.333.00 corresponde a indexación).
(Págs. 86 a 93 del laudo).

4. Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (308.930.598).

5. Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 10 de septiembre del 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$3.668.800.000.00) (fls. 11 5 del laudo).

CAPITULO V

LOS CARGOS POR EL IMPUGNANTE Y LAS REPLICAS DEL CONSORCIO OPOSITOR

Como se enunció al comienzo de estas consideraciones de los cargos que el impugnante enrostra al laudo arbitral del 4 de marzo de 1988, cinco se apoyan en la causal 8a. del original art. 672 del C. de P.C., once en la causal 7a. del mismo artículo y uno se funda en la causal 9a. ibídem. En ese orden los examinará la Sala.

SECCION PRIMERA. Examen de los cargos formulados con apoyo en la causal octava del original art. 672, C de P.C.

PRIMER CARGO:

Cargo A. del capítulo VI del memorial de fundamentación del recurso:

El recurrente fundamenta la nulidad del laudo dentro de esta causal, en primer término, porque el Tribunal se ocupó de la cláusula 2.55 del contrato que dió origen a las diferencias entre las partes, "para reconocer su validez y aplicarla como un desarrollo del principio sobre terminación unilateral consagrado para los contratos administrativos", cuando no podía hacerlo, de modo que falló sobre "materiales que no estaban ni podían estar sujetas a su decisión", de acuerdo con el inciso final del art. 76 del Decreto 222 de 1983, que tuvo vigencia inmediata, de acuerdo con los arts. 38 y 40 de la ley 153 de 1887".

Sea lo primero resaltar que el art. 76 citado sustrae del arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como lo relativo a las cláusulas que contengan los principios sobre terminación, modificación e interpretación unilateral de los contratos administrativos.

Así, por ejemplo, si la administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (Causal f., art. 61, D222 de 1983) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice debe pagarle éste, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e) y también establece que el efecto de la misma será el pago por éste de determinada prestación, todo lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral. Puede afirmarse en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, más no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del

contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta afirmar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma, en que la administración estima los perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato.

Valga anotar que la Sección Tercera de la Corporación ha dicho que la administración no puede unilateralmente deducir perjuicios a cargo del contratista incumplido (Sentencia de 22 de noviembre de 1989, Exp. No 525 3, actor: Seguros del Comercio S.A.). Igualmente ha expresado que aquella puede, vencido el término señalado para la ejecución del contrato, ordenar su liquidación la que entonces debe llevarse a cabo de conformidad con lo ordenado en los arts. 288 y 289 del Decreto 222 de 1983 (Sentencia de 29 de enero de 1989, Exp. No 3615, Actor: Darío Vargas S., y de 11 de diciembre de 1989, Exp. No 5334, Actor: "Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.").

Pero ahora no es del caso dilucidar tan importante materia, porque no obstante lo sostenido por el apoderado de la entidad recurrente, la disposición contenida en el art. 767 del Decreto 222 de 1983 no es aplicable al contrato cuyas diferencias dieron lugar al sub - lite, pues él fue celebrado bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976, cuando la exclusión de materias arbitrales se refería únicamente a la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos (art. 66), sin que pueda aceptarse que la disposición contenida en el art. 76 del Decreto 222 de 1983 sea aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia (2 de febrero de 1983). Las normas de la ley 153 de 1887 que se invocan por el impugnante abonan, precisamente, lo que aquí se dice. En efecto, el art. 38 dispone "En todo contratase entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración" (subraya la Sala), no las que se dicten posteriormente; y, de ese principio general sólo exceptúa el mismo precepto, las concernientes al modo de reclamar enjuicio los derechos que resulten del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. Y no puede decirse en sana lógica jurídica que el art. 76 cae dentro de la primera de tales excepciones, porque el precepto en comentario se refiere específicamente a los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales "previstos en el Título IV", del mismo Decreto 222. Y esto último fue sucedido en el contrato que dió ocasión al laudo impugnado. En tal contrato no se pactó, en efecto, la figura legal de terminación de que trata el art. 19 del Título IV del Decreto 222 de 1983, sino una distinta de origen puramente negocial. Tanto es ello así, que al aplicarla "Carbocol" no se fundó en ninguna de las dos únicas consideraciones que podría haber invocado según el parágrafo del citado artículo 19, si hubiere tratado de hacer uso de la facultad de que trata dicha preceptiva legal (motivos de orden público o coyuntura económica crítica), sino que hizo referencia expresa al poder derivado de la cláusula 2.55 del contrato.

Tampoco puede aceptarse que el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 deba aplicarse al contrato en mención, por cuanto es claro que esa norma no concierne a la sustanciación ni a la ritualidad de los procesos sobre aspectos contractuales, como resulta evidente de sus propios términos.

Valga La pena anotar, que la ley 19 de 1982, al conceder facultades extraordinarias al señor Presidente de la República, para modificar el régimen de contratación administrativa contenido en el Decreto 150 de 1976, contempló la autorización expresa al Ejecutivo nacional para regular dentro del nuevo estatuto que se expidiera, la forma en que los nuevos principios orientadores de la contratación incidirían sobre los contratos ya celebrados con arreglo al régimen plasmado en el Decreto 150 celebrado; y, con base en esa precisa autorización, el Gobierno Nacional al ejercer las facultades extraordinarias que le fueron

conferidas, dispuso en forma tajante, que no deja espacio para la menor duda, que los nuevos principios sobre interpretación, terminación y, modificación unilaterales solamente se aplicarían a aquellos contratos, regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, celebrados con posterioridad a la fecha de vigencia del estatuto últimamente citado, de donde se deduce sin mayor esfuerzo que, también por este aspecto y no tan solo por virtud de lo dispuesto en los preceptos de la ley 153 de 1887 que se han dejado analizados precedentemente, el artículo 19 del Decreto 222 de 1983, resulta totalmente ajeno, y por consiguiente inaplicable al contrato vinculó a las partes enfrentadas en la contienda resuelta por el laudo impugnado.

Y no se diga, en contravía de los anteriores asertos, que por ser de orden público la normatividad contenida en el Decreto Ley 222 de 1983 y, en especial su artículo 19, que lo previsto en él deba entenderse incorporado automáticamente al contrato que rigió las relaciones entre Carbocol y el consorcio opositor. En manera alguna ese planteamiento es de recibo para la Sala, porque como con agudeza y exactitud expone Paul Roubier en su monumental obra sobre los conflictos de leyes en el tiempo ("LE DROIT TRANSITOIRE", 2a ed., Dalloz - Sirey, Paris. 1960. pág 417), la idea de orden público no puede ponerse en oposición con el principio de la no retroactividad de la ley, por el decisivo motivo de que, en un ordenamiento jurídico fundado sobre la ley, la no retroactividad de la leyes constituye, en sí misma, una de las columnas fundamentales del orden público. Es absolutamente imposible concebir los fundamentos de un orden legislativo, si no se introduce en él la noción de irretroactividad de las leyes, pues si éstas han de ser retroactivas, eso no puede llamarse orden sino desorden público. Es evidente, en efecto, que si leyes de fechas diferentes pretenden regir al mismo tiempo y sobre un mismo objeto la conducta de los particulares, éstos no sabrán a quién obedecer ni a qué regulación someterse; el orden jurídico se asemejaría a una reunión donde todo el mundo hablaría simultáneamente; el término "orden", en sí mismo, sería una burla. La ley retroactiva es en principio, contraria al orden público, y si el legislador puede, excepcionalmente, imprimir efecto retroactivo a una ley, no es concebible imaginar que al hacerlo así, está fortificado el orden público; por el contrario, lo que hace es introducir un fermento de anarquía en la sociedad, y tal razón por la cual el legislador sólo debe utilizar la retroactividad con la más extrema prudencia. (). Por lo demás, es totalmente inexacto que las leyes de orden público ocupen () una situación particular. Existen numerosas leyes referentes a materias del orden público las cuales respetan los contratos ya celebrados

Dicho en otros términos: de conformidad con el ordinal b) del numeral 10 del art. 10 de la Ley 19 de 1982, el Presidente de la República quedó investido de facultades extraordinarias, por el término de un año a partir de la promulgación de esa Ley, para "establecer la manera como hayan de operar en los contratos a que se refiere el Decreto - Ley 150 de 1976 los nuevos principios jurídicos consagrados en esta ley". El Ejecutivo nacional así facultado, al expedir el Decreto - Ley 222 de 1983 puntualizó - en armonía con la ley de facultades - que esos nuevos principios jurídicos eran los de terminación, modificación e interpretación unilaterales (Título IV del Decreto) y dispuso, en forma que no deja lugar a la menor duda, que esos „nuevos principios" regirían para "los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto" (artículo 18), con lo cual no solo ejercitó la facultad otorgada por el precitado ordinal b) del numeral 10 del artículo 10 de la Ley 19 de 1982, sino que lo hizo con estricta sujeción a lo prescrito por el artículo 38 de la ley 153 de 1887. Así: los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del Decreto - Ley 222 de 1983 constituirían regidos por las leyes vigentes al momento de su celebración y, por ende, a ellos no les son aplicables los „nuevos principios jurídicos" de terminación, interpretación y modificación unilaterales por parte de la administración. Por el contrario, tales "nuevos

principios jurídicos" se entienden incorporados, aun sin estipulación expresa que así lo diga, a los contratos que se celebren con posterioridad al dos (2) de febrero de 1983, fecha de vigencia del Decreto - Ley 222 de 1983.

Tal solución se acompasa, a juicio de la Sala, con el pensamiento jurídico universal más autorizado y con la jurisprudencia nacional. En efecto, ocupándose del tema y a propósito de un contrato que calificó expresamente con lo administrativo, la Sala Plena en lo Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de mayo de 1938, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Alejandro Gómez, dijo lo siguiente:

"VII. - La ley aplicable. Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido totalmente realizados los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención. (Las sublineas no son del texto).

"Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mutable de la legislación de un país. Pascual Fiore, en su importante obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", dice lo siguiente:

" ' Los derechos que traen su origen de un acto humano, son los que con preferencia a todos los demás deben ser considerados como derechos adquiridos, cuando el autor de tales hechos, de los cuales proviene dichos derechos, no puede por su sola voluntad destruir o modificar los efectos jurídicos que son consecuencia de los mismos, ni las obligaciones que de ellos se derivan en favor de las otras distintas personas; un título irrevocable. En este caso se encuentran los derechos que nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos.

" ' Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una de ellas (que es la que viene a ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico mas que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no cabe tener autoridad la ley posterior.

"Parece pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviera en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad.

"Merlín, citado por Fiore, sienta como regla que todos los derechos que tienen su origen en los contratos, ya sean eficaces y efectivos desde luego, ya eventuales o meras expectativas, deben ser regidos por la legislación anterior, y deben estar a cubierto de cualquiera innovación introducida por la ley posterior. Biancho sostiene la misma opinión". (GACETA JUDICIAL. Tomo XLIV, número 1935, página 488).

Sentado lo anterior, tiénese nítidamente esclarecido que el laudo impugnado, al decidir que era válida la cláusula 2.55, por la cual se pactó que Carbocol tendría derecho a dar por terminado el contrato, avisándole al contratista con una semana de anticipación, en cuyo caso debía pagarle una serie de prestaciones que taxativamente allí se enumeraron, e interpretar cuáles de las pretensiones del contratista caían dentro de tales conceptos y condenar a su pago, no decidió sobre materias ajenas al proceso arbitral, ni falló sobre puntos no sujetos a consideración de los árbitros, ni concedió más de lo pedido. No lo primero, porque como lo acepta el propio impugnante, en el documento donde se recogió el acuerdo de las partes sobre diversos aspectos relacionados con aquellas, se expresó que el contratista seguía discutiendo la eficacia y validez de dicha cláusula 2.55, (págs. 9 a 11, numeral 14 de la fundamentación del recurso). Tampoco lo segundo, ni lo tercero, porque algunas de las condenas impuestas en los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive del laudo se refieren, precisamente, a compensaciones y sumas que Carbocol debía pagar al contratista como consecuencia de la terminación del contrato y que éste sometió a decisión arbitral, como correspondía, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada, y en consonancia con la 2.55 atrás referida.

Por otra parte, la causal 8a. alegada (Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido") viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el art. 368 del C. de P.C., así:

"No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado".

La H. Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala de casación en varias oportunidades ha señalado que la causal segunda tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis:

- a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita);
- b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra - petita); y
- c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínima o citra petita).

En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en causa petendi distinta a la invocada por las partes.

Es que el fallo debe ser una respuesta acompasado con cada una de las pretensiones aducidas y de las excepciones propuestas. Pero, además, con los fundamentos de hecho que se hayan alegado como causa petendi, "pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos", como también lo ha dicho la misma corporación, para señalar el fundamento filosófico de la causal. (Ver fallo de 29 de agosto de 1988, publicado en "Jurisprudencia al Día", Tercer Trimestre 1988, pág. 120 y siguientes).

El quebranto pues, de una sentencia con base en la causal segunda del artículo 368 del C. de P.C. o de un laudo arbitral, en su caso, por la causal 8a del original artículo 672 ib., hoy art. 38 del Decreto 2279 de 1989, no puede presentarse, entonces, sino por alguna de las precisas hipótesis indicadas y su procedencia no puede resultar sino de la comparación entre tales pretensiones o excepciones y lo resuelto en la respectiva providencia.

Con el aludo impugnado el Tribunal resolvió, por una parte, declarar que es válida y eficaz la cláusula distinguida con el número 2.55, Parte 2 - CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO celebrado entre quienes son partes en el presente proceso y que, por la aplicación que hizo CARBOCOL de la citada cláusula, causó perjuicios al Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, que debe indemnizarle (numerales PRIMERO Y SEGUNDO) y, por la otra parte, falló que, en consecuencia, se condenaba a la primera a pagarles al segundo:

"1) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150).

"2) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6.732.856.190).

"3) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$63.862.621).

"4) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$308.930.598).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL : PESOS (\$3.668.800.000.00)".

Lo anterior consta en el numeral TERCERO del laudo impugnado; y, en el CUARTO se consignó que se denegaban "las demás pretensiones del consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987". Así, pues, acertado o no el laudo, en cuanto a sus determinaciones, lo cierto es que se ajustó genéricamente a la materia arbitral enunciada por las partes.

Los documentos a que hace referencia el LAUDO son dos, suscritos ambos el 13 de marzo de 1987 por quienes fueron partes en el procedimiento arbitral. El uno, que lleva por título "Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria ", contiene las diferencias sometidas al Tribunal de Arbitramento y en él aparece (págs. 14 a 18 del Acta, grupo 5, Cuad. 1), que el Consorcio solicitó al Tribunal decidiera

"sobre la validez y, en general, la eficacia de la cláusula 2.55 del CONTRATO invocada por CARBOCOL para darlo por terminado, según la ley colombiana aplicable al caso", (pretensión b. 1); que: "En caso de que el Tribunal declare nula o ineficaz la cláusula 2.55 del CONTRATO deberá declarar a CARBOCOL responsable por los perjuicios ocasionados al CONSORCIO como consecuencia de haber dado aquella lugar a las mencionadas nulidad o ineficacia y condenándola, consecuencialmente, a pagar al CONSORCIO la indemnización de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante a que hubiere lugar", (pretensión b.2); que: "Si el Tribunal encontrara que la cláusula 2.55 es válida o eficaz deberá pronunciarse, como CARBOCOL: como parte del contrato que encargó la obra, debe reembolsar al CONSORCIO todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra y, en caso afirmativo, proferir la condena que se derive de dicha conclusión, en las sumas y por los conceptos que se acrediten dentro del proceso arbitral", (pretensión b.3); que en el mismo evento de encontrarse que es válida y eficaz la cláusula 2.55, el Tribunal "deber pronunciarse como petición subsidiaria de las ... b.2 y b. 3 sobre CARBOCOL abusó de sus derechos al invocar dicha cláusula ,lo, si, bajo cualquier otro aspecto.... no empleó la diligencia debida o incurrió en culpa al dar por terminado unilateralmente el CONTRATO ... En caso afirmativo, el Tribunal condenará a CARBOCOL a pagar al CONSORCIO 19 indemnización plena de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que éste hubiere sufrido como consecuencia de tal abuso o negligencia", (pretensión b.4); que en el mismo caso de encontrar que la cláusula 2.55 es válida y eficaz el Tribunal "deberá pronunciarse, como petición subsidiaria de las pretensiones b.2, b.3, y b.4 precedentes, sobre si... se dieron o no las circunstancias o motivos que justificaban la aplicación, y, en caso negativo, condenar a CARBOCOL a pagar a favor del CONSORCIO la indemnización plena de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que éste sufrió como consecuencia de la terminación unilateral del contrato..... (pretensión b.5); que e n el mismo evento de declarar que la cláusula 2.55 es válida o eficaz", deberá pronunciarse, como petición subsidiaria de las pretensiones, sobre si, con el fin de mantener o restablecer el equilibrio financiero del contrato, el CONSORCIO tiene derecho a que CARBOCOL le pague las sumas de dinero en las cuantías y por los conceptos que se acrediten dentro del Arbitramento y, en caso afirmativo, condenar a CARBOCOL a pagar ... dichas sumas..... (pretensión b. 6); que también en caso de llegar a declararse válida y eficaz la cláusula 2.55 y en subsidio de las pretensiones b.2 a b.6 precedentes, "el tribunal deberá establecer si los conceptos y correspondientes cuantías contenidas en la reclamación que presentó el CONSORCIO a CARBOCOL el 27 de septiembre de 1985 y los demás que resulten probados en el proceso, deben serle reconocidos y pagados por ésta a aquel a la luz del CONTRATO ...incluyendo los intereses moratorias a que haya lugar".(pretensión b.7); que igualmente si se declarase que la cláusula 2.55 es válida y eficaz y como petición subsidiaria de las b.2 a b.7, el Tribunal deberá declarar "si CARBOCOL infringió las obligaciones que a su cargo le imponía la ley colombiana aplicable y las estipulaciones contractuales, en cuyo caso la condenará a pagar a favor del CONSORCIO la indemnización plena de los perjuicios que tal infracción le haya causado..... (pretensión b.8); Finalmente, se le pidió al Tribunal que en subsidio de todas las pretensiones anteriores, se pronunciara "sobre sien el caso que nos ocupa se configuró un enriquecimiento sin causa a favor de CARBOCOL y a cargo del CONSORCIO como consecuencia de la terminación unilateral del CONTRATO y la insistencia de esta sociedad de reconocer exclusivamente algunas de las sumas a que se refiere la cláusula 2.55 ... en cuyo caso efectuar á la condena correspondiente..."(pretensión b.9), Por último se pidió que 11 como consecuencia de las condenaciones que haga ... se

servirá... el Tribunal condenara CARBOCOL el (sic) pago de los honorarios, gastos y demás costos del arbitramento", (pretensión b. 10).

El otro documento fue suscrito también el 13 de marzo de 1987 y en él las partes solucionaron de manera directa y en forma definitiva algunas de sus diferencias. A tal documento, de fundamental importancia, se referirá la Sala en otro lugar de las consideraciones.

Planteada así la litis, el Tribunal, encontró que la cláusula 2.55 era válida y eficaz, con lo cual despachó favorablemente la pretensión b. 1 y por contera negó la b.2 (numeral PRIMERO de la parte resolutive); pero como se le pidió que en tal evento (la declaración de validez y eficacia de la cláusula 2.55) se pronunciará sobre si CARBOCOL debía reembolsar al CONSORCIO "todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra, y en caso afirmativo, proferir la condena que se deriva de dicha conclusión, en las sumas y por los conceptos que se acrediten dentro del proceso arbitral " (pretensiones b.3), el Tribunal halló que eran precedentes tales reembolsos porque, en su concepto, debían aplicarse al caso las provisiones del artículo 2056 de código civil y entonces procedió a hacer las condenas, en los subnumerales 1 a 5 del numeral TERCERO de la parte resolutive de su laudo, previa declaración que hizo de la citada cláusula causó perjuicios a su cocontratante, el denominado Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, con lo cual despachó favorablemente dicha pretensión b.3. (Subrayas de la Sala).

El señor apoderado de la parte recurrente critica el laudo bajo el concepto de haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido por que, a su juicio, lo pretendido era que se pronunciara el Tribunal sobre si CARBOCOL debía reembolsar al CONSORCIO aquellos conceptos mencionados en la pretensión b.3 (todos los costos, el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra) y no limitó a esto, sino que incluyó la indemnización de perjuicios.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, contradice tal afirmación argumentando que hizo bien el Tribunal al incluir los perjuicios porque al haber encontrado que el caso caía bajo las previsiones del artículo 2056 del Código Civil, éste debía aplicarse en su integridad y que de acuerdo con él, en palabras del Tribunal 'la reparación económica a que es merecedor el Consorcio se contrae,

según ese precepto lo establece, a los costos que hubiere atendido durante el tiempo en que alcanzó a ser ejecutado en contrato, al valor del trabajo hecho y a la utilidad que hubiera podido obtener si el contrato se hubiera ejecutado en su totalidad" (pág 41 in fine, 42 y 43 del laudo).

Si el Tribunal de arbitramento, para resolver la pretensión b.3 o cualquier otra subsidiaria y consecuencias a la resolución concerniente a la validez de la cláusula 2.55 del contrato (todas lo eran, excepto la b.2 y la b.10), concluyó que la norma que debía regir los efectos que se imponía deducir de la declaratoria pedida sobre la citada validez, era la del artículo 2056 del Código Civil, lo acertado de esta conclusión no puede ser debatido por la Sala, dentro del muy preciso y restrictivo ámbito de la causal octava del original artículo 672 del C. de P.C., como tampoco podría serlo en casación dentro del espacio a que da lugar la causal segunda del art. 368 ib., pues la discusión sobre este aspecto y la conclusión que de él se obtuviera implicaría el examen del fallo por errores en la aplicación de la ley sustancial, ora por vía directa, debido a falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea, como por la vía indirecta por errores en la apreciación de

las pruebas o por falta de apreciación de éstas, materias todas exógenas al recurso extraordinario de anulación.

No está llamado a prosperar, por consiguiente el cargo.

SEGUNDO CARGO. Cargo B del Capítulo VI del memorial de fundamentación del recurso:

Sentado lo anterior, lo que si puede y, además, debe estudiar la Sala es si el Tribunal de Arbitramento al aplicar dicha norma (el artículo 2056 del C.C.) y deducir sus alcances en relación con la cláusula compromisoria (2.67) y con lo convenido en la cláusula 2.55 y las pretensiones sometidas a su decisión, lo hizo dentro de los precisos límites que ellas le fijaban, o si, de alguna manera, las excedió para condenar en más de los que correspondía, como ahincadamente lo sostiene la parte recurrente. Para ésta, cuando el Tribunal, luego de haber declarado que la cláusula 2.55 era válida y eficaz, decidió en el numeral SEGUNDO de la parte resolutive, que por la aplicación que de ella hizo CARBOCOL "causó perjuicios al Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, que debe indemnizarle", para proceder seguidamente a condenar a pagar diferentes cantidades por concepto de reparación de daño emergente y de lucro cesante, falló sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros de acuerdo con la petición b.3, que en la parte motiva del laudo se dijo que estaba llamada a prosperar.

El cargo viene enunciado así: "B en cuanto en los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive del laudo, el tribunal declaró que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula (se refiere a la 2.55 del contrato) causó perjuicios al Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, que debe indemnizarle y que como consecuencia se la condenaba a pagar diferentes cantidades por concepto de reparación del daño emergente y de indemnización del lucro cesante, el fallo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros en la petición b.3 que anteriormente había considerado llamada a prosperar" (pág. 23 del memorial de sustentación del impugnante, fl. 42, C.1) Argumenta el recurrente que con la petición b.3 el Consorcio pretendió que se condenara a CARBOCOL a reembolsar al CONSORCIO todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo hubiere podido ganar en la obra y que, en cambio el laudo lo que hizo fue declarar que aquella, por la aplicación que hizo de la cláusula 2.55 causó perjuicios a éste que debe indemnizarle; luego dice como el Tribunal encontró que la pretensión b.3 tenía notorias trazas de haber sido fielmente tomada del artículo 2056 del código Civil, tenía que entenderse que el Consorcio buscaba que Carbocol Cumpliera las obligaciones que imponía dicha norma y no perseguía una indemnización, que supondría que Carbocol se había colocado en una de las situaciones previstas en el artículo 1613 del Código Civil, generadores del deber de indemnizar, con lo cual de paso le endilga al laudo, en forma sutil, una incongruencia entre la parte motiva y resolutive.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, arguye que el Tribunal en el laudo no hizo cosa distinta que aplicar en su integridad el contenido del artículo 2956 del C.C., siendo falso que hubiera partido de la base de que Carbocol se había colocado en una de las situaciones que contempla el artículo 1613 ib., pues "el Tribunal de Arbitramento condenó a Carbocol a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante, por considerar 'aplicable en su integridad' al caso convertido el artículo 2056 del Código Civil, esto es, sus incisos 1 y 2, y no como lo pretende el recurrente por haber partido de la hipótesis de aplicar al caso controvertido la

norma general del artículo 1.613 del código Civil, artículo que en cualquier momento mencionó siquiera el Tribunal de Arbitramento, en ninguno de los 117 folios que empleó para dictar el Laudo". Y agrega que como el tribunal consideró que el, artículo 2056 era "aplicable en su integridad" sucede que este en su primer inciso consagra "el principio de la indemnización plena de los perjuicios" según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución, para luego, valiéndose de la locución hiativa ('por consiguiente'), destinada a disipar dudas, disponer en el segundo inciso del propio artículo 2056 que quien encargó la obra podrá hacerla cesar reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar con dicha obra, con el evidente propósito de reiterar, sin tener que repetir el principio general sentado en el inciso 1 inmediatamente precedente, que siempre y cuando se indemnice al artífice, 'según las reglas generales de los contratos', todos los perjuicios que el cambio de opinión de su contratante le haya causado, no ve el legislador reparo en permitir que se trunque, por repentina que sea la consecución del resultado que el dueño de la obra perseguía y que su contratante se obligó a obtener para beneficio del primero".

SE CONSIDERA:

Para la Sala, tendría plena razón el recurrente si el laudo hubiese declarado que Carbocol causó perjuicios al Consorcio que debía indemnizarle, esto en el numeral SEGUNDO de la parte resolutive y luego en el numeral TERCERO hubiera procedido a condenar a su pago por conceptos diferentes a los señalados en la pretensión b.3, pues, entonces, evidentemente el fallo habría recaído sobre puntos por completo ajenos y por consiguiente no sujetos a la decisión de los árbitros, o, por lo menos, habría concedido abiertamente más de lo pedido. Cabe aquí resaltar que, en materia arbitral, las pretensiones han de ser objeto de interpretación estricta por parte del juzgador, siguiendo la voluntad rigurosa de las partes, pues, ella constituye el rígido marco de la competencia dentro del cual podrán actuar los árbitros.

Considera la Sala que lo anterior no ocurrió, de modo estricto, porque el laudo en este particular, en su parte motiva, luego de estudiar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre Carbocol y el consorcio, llegó a la conclusión de que era administrativo; que la cláusula de terminación que contempla el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 y que, por consiguiente, podían los árbitros pronunciarse, sobre su validez y eficacia; y que, finalmente, el contrato por su especie resultaba ser inequívocamente, uno de obra o empresa, o sea el "sino que disciplinan los artículos 2056 y siguientes del código Civil, normas que le son aplicables en cuanto no se opongan a las de derecho administrativo que le fueren pertinentes, mirando como contrato administrativo". Por esto, expresó, sin dársele las consecuencias contempladas en el artículo 2056 del Código Civil conforme al cual "la reparación económica a que es merecedor el Consorcio se contrae, según ese precepto lo establece, a los costos a que haya atendido durante el tiempo en que alcanzó a ser ejecutado, el contrato, al valor del trabajo hecho y a la utilidad que hubiera podido obtener si el contrato se hubiera ejecutado en su totalidad" (págs. 41 y ss. del laudo), reparación que es precisamente la que en términos generales ordena el laudo en el numeral SEGUNDO de la parte resolutive cuando dice: "Declárase que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula causó perjuicios al Consorcio DOMI - PRODECO - AUXINI, que debe indemnizarle".

Para la Sala, cuando el laudo impugnado habló llana o genéricamente de perjuicios que deben indemnizarle, se refirió obviamente a las compensaciones de que habla el artículo 2056 del C.C. (todos los costos, lo que valga el trabajo hecho y lo que el artífice hubiere podido ganar en la obra), a pesar de que era su deber cuestionarse sobre la aplicación o inaplicación parcial de la referencia normativa. Así no lo hizo el Tribunal.

En efecto, el inciso 1 del artículo 2056 del código Civil prescribe que: "Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución."

El inciso transcrito evidentemente, sienta el principio general; diciendo que en los contratos para la confección de obra por una u otra de las partes no se haya ejecutado lo convenido o se haya retardado su ejecución, habrá lugar a indemnización de perjuicios (a favor del beneficiario de la obra o del artífice, en su caso, es obvio) según las normas generales de los contratos, reglas, que no pueden ser otras que las relativas a la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones. Lo dicho, sin menosprecio de las especiales regulaciones que en contrario hubieren convenido los contratantes, dado que su autonomía privada les permite pactar en contrario a lo normado por el legislador. Pero como éste quiso darle a quien encargó la obra, la facultad de hacerla cesar, tenía que contemplar cuáles compensaciones (que llamó genéricamente perjuicios) debía reconocerle al contratista al ejercer aquel tal poder y, esto fue precisamente lo que hizo en el segundo inciso del propio artículo 2056, cuando dispuso: "Por consiguiente (es decir "por consecuencia, en fuerza o virtud de lo antecedente", como reza el Diccionario de la Lengua Española de la real Academia), el que encargó la obra, aún (es decir, inclusive) en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra", a menos que las partes hubieren pactado en contrario, resulta forzoso a la Sala, como ocurrió en el caso sub examine.

Aclarado que los conceptos "costos", "valor del trabajo hecho" y "lo que hubiere podido ganar en la obra", los denomina el Código Civil "perjuicios" que debe indemnizar el que encargó la obra al artífice y que el reconocimiento de tales conceptos fue lo pretendido por el Consorcio dentro del proceso arbitral, es evidente que el laudo no excedió las, pretensiones del Consorcio, al menos en cuanto respecta al rubro "daño emergente", aunque sí lo hizo parcialmente en punto tocante con el ítem "lucro cesante", como adelante precisará la Sala, por el solo hecho de declarar, en el numeral SEGUNDO de su parte resolutive, que "CARBOCOL", por aplicación que hizo de la cláusula 2.55 causó perjuicios al Consorcio, que debe indemnizarle, pues esto viene a ser lo mismo que decir que por haber hecho cesar CARBOCOL la obra, debe reembolsar al artífice todos los costos y darle el valor del trabajo hecho y lo que hubiera podido ganar en la obra (pretensión b.3).

Lo anterior es suficiente para despachar desfavorablemente, de manera parcial el cargo que la Sala examina, pues, según lo visto, si en el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive del Laudo se declara que por la aplicación que hizo Carbocol de la cláusula 2.55 del contrato causó perjuicios al consorcio, que debe indemnizarle y en el TERCERO condena a su pago, no falló, por este solo hecho, sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros en el aspecto "daño emergente".

Ahora bien, en cuanto respecta a los rubros por "LUCRO CESANTE", vale decir, las condenas impuestas bajo los subnumerales 4 y 5 del numeral TERCERO de la parte resolutive, el Tribunal impuso las siguientes condenas:

"4) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de trescientos ocho millones novecientos treinta mil quinientos noventa y ocho pesos (\$308.930.598.00).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de tres mil seiscientos sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos (\$3.668.800.000.00)".

Para sentenciar en la forma anterior el tribunal tuvo en cuenta la parte final del art. 2056 del C.C., que le impone al dueño de la obra indemnizarle al artífice "...lo que hubiera podido ganar en la obra ", pero sin parar mientes que sobre este aspecto las partes habían hecho regulación de manera contraria a la previsión legal y por consiguiente a ello debían estarse lo concontratantes y el Tribunal. (ver cláusula 2.55).

En efecto: La tan mencionada cláusula 2.55 Parte 2 el contrato contenido en la escritura pública No 3.458 del 17 de julio de 1981, de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, es del siguiente tenor:

"2.55 Terminación del Contrato. - CARBOCOL tendrá derecho a dar por terminado el Contrato, avisando al Contratista con una semana de anticipación, en cuyo caso CARBOCOL le pagará al Contratista todo el trabajo ejecutado con anterioridad a la fecha de terminación, tal como lo estipula el Contrato, en tanto que las sumas o ítems correspondientes no hayan sido ya cubiertos por pagos efectuados con anterioridad, incluyendo lo siguiente: (a) las sumas pagaderas con respecto a cualesquiera ítems preliminares en la medida en que el trabajo o servicio comprendido en los mismos haya sido desarrollado o ejecutado y una proporción adecuada de dicho trabajo o servicio haya sido desarrollada o cumplida según lo certifique el Interventor. - (b) el costo de los materiales o artículos razonablemente pedidos para la obra o para los Trabajos Temporales que hayan sido entregados al Contratista o con respecto a los cuales el Contratista sea legalmente responsable de aceptar su entrega, materiales o bienes éstos que serán de propiedad de CARBOCOL cuando los pague; (c) una suma, a ser certificada por el Interventor que corresponda a un gasto razonable incurrido por el Contratista para la terminación de la totalidad de los Trabajos, en la medida en que dicho gasto no haya sido cubierto por los pagos establecidos en los párrafos (a) ó (b) anteriores; (d) el costo razonable de repatriar el personal administrativo y los obreros del Contratista, al momento de la terminación, en la medida en que dicho costo no haya sido cobijado por otro pago. (e) El pago por equipo de minería según el valor en libros, basado en las horas reales de operación y en la vida útil estimada. Teniendo en cuenta sin embargo, que contra cualquier pago adeudado por CARBOCOL bajo esta Cláusula, CARBOCOL tendrá derecho a que se acrediten cualesquiera sumas adeudadas por el Contratista por anticipas con respecto a la Planta y a cualquier suma previamente pagada por CARBOCOL al Contratista con respecto a la ejecución de los Trabajos".

Quisieron las partes significar que., de manera exclusiva, para el evento de que Carbocol hiciera uso del poder de terminación anticipada del contrato, indemnizara "el daño emergente" por los diversos gastos e inversiones efectuados por el Consorcio, pero de manera alguna "el lucro cesante" o utilidad o ganancia que

hubiera podido reportarle el agotamiento anticipado del plazo contractual, aunque sí la utilidad que se hubiere causado durante la vigencia real del contrato y no pagada por Carbocol.

Para la Sala, la preceptiva contenida en el art. 2056 del C.C., en la cual el Tribunal apuntaló su fallo, es de naturaleza suplantiva o supletorio, vale decir, de aplicación en tanto y cuanto los contratantes no hubieren pactado otra cosa. En el caso sub examine, las partes convinieron que Carbocol pudiera dar por terminado, de manera anticipada, el contrato, evento en el cual compensaría al consorcio de la manera y forma que consignaron expresamente, en la susodicha cláusula 2.55, sin que de manera alguna se refirieran para incluir el concepto "lucro cesante" propiamente entendido. Dicho de otra forma, al regular taxativamente las partes el tema de las prestaciones originadas por la terminación anticipada del negocio y no incluir expresamente el concepto analizado del "lucro cesante", de que se vio privado el consorcio por la no prosecución del plazo inicial convenido, se impone concluir que fue su voluntad excluir de la indemnización dicho rubro. En síntesis la cláusula 2.55 constituye, por este aspecto, una de las llamadas "limitativas de responsabilidad", que por no contrariar el derecho público, ni el orden público, ni las buenas costumbre, está llamada a cumplir el propósito que tuvieron sus autores cuando la concibieron.

Lo dicho en los párrafos anteriores tiene marcada importancia para desatar el cargo que se estudia, desde luego que ello incide en la determinación y delimitación del tema "arbitral". En efecto, como bien lo releva la cláusula compromisoria, es decir la marcada con el No. 2.67, los árbitros estaban llamados a resolver, de manera exclusiva y excluyente, las diferencias que surgieran entre las partes originadas durante la vigencia del contrato; es decir, que en lo relativo a fenómenos extraños o exógenos al negocio jurídico, o, por mas allá de su duración y liquidación no procedía su debate en sede arbitral. Ahora bien, para una mejor comprensión, resulta conveniente recordar el texto de la cláusula No 2.67, cuyo tenor es:

"2.67. - CONCILIACION DE CONTROVERSIAS. - En caso de surgir una diferencia o controversia entre CARBOCOL y el Contratista en relación con el Contrato o con el Desarrollo de las obras y trabajos objeto del mismo, bien sea durante su ejecución o después de su terminación procederá dicha controversia o diferencia al Interventor para que la dirima o concilie las opuestas pretensiones o puntos de vista dentro de los 90 días siguientes a aquel en que se lo solicite cualquiera de las partes. Si la decisión del Interventor es aceptada por las partes se considerará definitiva y será obligatoria hasta la terminación y liquidación de los trabajos y se le dará efecto inmediato por parte del Contrati (sic). Si dentro de los 90 días mencionados el interventor no comunicase a las partes su decisión o si una vez proferida ésta, una de las partes o ambas no la aceptaran, CARBOCOL y el Contratista o cualquiera de ellos, dentro de los 90 días siguientes al recibo escrito de la decisión del Interventor, podrá solicitar que la controversia o diferencia sea sometida al procedimiento arbitral ordinario o a la decisión de expertos o peritos, tal como aquí se prevé. En caso de que la diferencia o controversia fuere de naturaleza jurídica de la interpretación del Contrato o del cumplimiento arbitral, el cual, en cuanto a las funciones del Tribunal, su integración y los procedimientos, las partes se atienen a lo dispuesto en el Título III, Libro 6 del código de Comercio. El fallo de los árbitros será proferido en derecho y el lugar de funcionamiento será la ciudad de Bogotá. Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de los árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que la diferencia o controversia fuere de carácter técnico o contable, las partes conjuntamente o una de ellas

podrá solicitar que sea sometida a la decisión de expertos, de acuerdo con el título IV Libro 6 del Código de Comercio. La decisión de los expertos será definitiva y obligatoria para las partes". (Subraya la Sala).

Cabe afirmar, a este nivel de la providencia, que las partes se autolimitaron los temas que someterían a solución arbitral y, por lo mismo, lo consignado en el primero de los documentos por ellas suscritos el 13 de marzo de 1987, llamado "desarrollo de la cláusula compromisoria", al querer extender la competencia arbitral al rubro "lucro cesante", entendiendo por tal lo que el Consorcio hubiera podido ganar de no haberse terminado anticipadamente, el contrato, desbordaron el marco de la cláusula arbitral, sin facultad para entonces, pues, bien sabido es que la estipulación arbitral como accesoria a un contrato debe convenirse en toda su dimensión antes de que surja el conflicto; otra es la situación y el mecanismo que la ley brinda para cuando ya se conocen las diferencias surgidas entre las partes, mediante el contrato de compromiso.

En cuanto respecta a la condena impuesta bajo el subnumeral 4) del numeral TERCERO, denominado por el laudo "indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero" por \$308.930.598.00 después de indexar su valor histórico de \$234.375.000.00, no cabe hacer la misma reflexión que sobre la utilidad o ganancia que el Consorcio espera obtener para el período 1o de septiembre de 1985 a 31 de agosto de 1990, por cuanto aquél monto fue deducido por los peritos financieros como causado durante la vigencia o vida del contrato, el llamado por las partes "tercer año minero" que corrió del 1o de septiembre de 1984 a 31 de agosto de 1985, lo que constituye verdaderamente un derecho adquirido para el consorcio. Por ello hizo bien el Tribunal en reconocer este derecho, así lo hubiera considerado como "lucro cesante", cuando en verdad participa mas bien de la categoría "daño emergente". Esta condena, pues, debe mantenerse aunque circunscrita a su valor histórico, por las razones que se explican en otra parte de este fallo.

Corolario de lo expuesto es que el cargo está llamado a prosperar parcialmente, es decir, en cuanto el laudo sentenció sobre el ítem "lucro cesante" estándole vedado al Tribunal, porque la limitante impuesta por las partes en las cláusulas 2.55 y 2.67 se lo impedían, dado que fue el querer de los contratantes que no hubiera indemnización por el referido concepto, en el evento de que Carbocol ejerciera el poder de terminación unilateral y anticipado del contrato, filosofía que por lo demás es de recibo en el contrato administrativo. Se impone, entonces, para la Sala corregir el subnumeral 5) del numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo de cuatro (4) de marzo de 1988, dejando sin valor y sin efecto la condena allí impuesta por el Tribunal de Arbitramento, pero manteniéndose las relacionadas por concepto de "daño emergente" y la contenida bajo el subnumeral 4), las cuales quedan incólumes, aunque reducidas en cuanto fueron objeto de indexación, como se explica adelante.

Lo anterior, de manera alguna significa para la sala que la terminación anticipada del contrato, a instancia de la administración, generalmente no puede aparejar indemnización compensatoria por "daño emergente" y por "lucro cesante", como lo acepta alguna doctrina internacional. Lo que debe quedar bien en claro es que en el caso presente, por cuanto las partes anticipadamente autorregularon las consecuencias propias de esa modalidad de extinción del negocio, en el sentido de limitar exclusivamente la indemnización compensatorio por el llamado "daño emergente", o lo que es igual, al excluir de ella "el lucro cesante" propiamente entendido, por no mencionarlo, para nada, en la cláusula 2.55, cobra aplicación la tesis de MARIENHOFF, quien sobre este tópico, y con base en la ley argentina No

13.064, art. 11, inciso 88 y decreto 5720 de 1972, concluyo que si la terminación es lícita no habrá lugar al reconocimiento por lucro cesante. Se transcribe el texto normativo últimamente citado, que reza:

"Cuando el Estado rescinda un contrato por una causa prevista en este reglamento, el adjudicatario tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos directos e improductivos en que probare haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato, pero no se hará lugar a reclamación alguna por lucro cesante o por intereses de capitales requeridos para financiaciones" (Subrayas de la Sala) (Merienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III - A, Edt. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1983, pág 468 y 469).

Aplicando las orientaciones anteriores el caso sub examine, la Sala encuentra que la estipulación negocial 2.55 tan solo le "aseguraba " al consorcio la compensación por "daño emergente " y para nada el "lucro cesante ". De tal suerte que la ecuación económica del contrato era clara ab initio, en el sentido de que al operar el hecho futuro e incierto de la terminación anticipada del mismo, no habría derecho alguno de reclamar por utilidades no causadas, cuya oportunidad para obtenerlas se viera frustrada, pues, al tenor del contrato estas no pasaban de ser simples expectativas.

El cargo, pues, prospera parcialmente en cuanto habrá de corregirse el laudo en la condena impuesta por concepto de "lucro cesante" contenidas en el subnumeral 5) del numeral TERCERO de la resolutive, dado que a voces del original art. 672 - 8 del C. de P.C., dicha providencia recayó sobre puntos que no podían ser sujetos al fallo de los árbitros, o, dicho de otra manera, no podían constituir "materia arbitral".

Prospera parcialmente el cargo.

TERCERO, CUARTO Y QUINTO CARGOS.

Lo expuesto no es, naturalmente, bastante para despachar los demás cargos formulados con base en la causal octava (8), pues es necesario estudiar, además, si efectivamente el laudo al cuantificar las condenas por compensaciones o reembolsos términos dentro de la cláusula 2.55 vienen a ser sinónimos, según lo visto) excedió lo que por tales conceptos podía el Consorcio dentro del proceso arbitral. Este estudio deberá hacerse, porque los cargos subsiguientes, que el recurrente señala con los ordinales C,D y E, constituyen críticas a la cuantificación que el laudo arbitral impugnado hizo de dichos costos.

Para los efectos consiguientes, la Sala examinará, por razones de orden, los referidos cargos de los ordinales C, D y E, comenzando con el E., siguiendo con el D, y dejando para el final de este aparte lo relativo al cargo ordinal C. en consecuencia, así se procede:

Cargo E del Capítulo VI:

Lo enuncia así el recurrente: "También recae el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y concede, además, más de lo pedido, en virtud de haber ordenado a CARBOCOL en el numeral I) del punto TERCERO al pago del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, en cuantía de Trescientos sesenta y nueve millones seiscientos treinta y tres mil ciento cincuenta pesos (\$369.633.150.00)

Para el recurrente el laudo recayó en este particular sobre puntos sujetos a decisión porque "en la Cláusula compromisoria no se pactó que la controversia

relativa a hechos anteriores a la celebración del contrato, podía someterse a la decisión del Tribunal", agregando que "por tratarse de inversiones que los proponentes hacen sujetas a la eventualidad de que no se les adjudique el contrato, asumen... un riesgo profesional no susceptible de ser indemnizado" y que "como los Magistrados que conformaron la mayoría, para justificar esta condena (pág. 40 del fallo) afirmaron que el Consorcio no reclamaba el reembolso de los gastos sino "la indemnización del daño que le causó la terminación del contrato, consistente en que" ... Teniendo derecho a diferir el pago de los gastos de establecimiento y reparación ... no pudo hacer esa amortización gradual por causa de la terminación del negocio", esta condena no podía incluirse entre las consecuencias que se seguían de la prosperidad de la pretensión b.3 que, como ya se ha demostrado, no implicaba el pago de indemnización alguna sino el cumplimiento de obligaciones nacidas de la presunta imperatividad del segundo inciso del Artículo 2056. De lo contrario, se estaría en contradicción de validez y eficacia de la Cláusula 2.55".

SE CONSIDERA

Para la Sala el reconocimiento de los gastos a que se refiere el recurrente y que el Laudo denomina de "Primer Establecimiento", sí era punto sometido a su decisión, pues no solo están comprendidos expresamente en la cláusula 2.55 del contrato, origen de las diferencias decididas en el laudo impugnado, sino que también al caer, como se explica en seguida, bajo el concepto de "costos", quedaron compendiados en la pretensión b.3.

Ahora bien, bajo el subnumeral 1) del numeral TERCERO de la parte resolutive se condena a CARBOCOL a pagar al CONSORCIO "por concepto de reparación del daño causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150).

Para la Sala lo importante es saber si tales gastos caben o no dentro del concepto "costos de artífice para la construcción de la obra encomendada, que es precisamente uno de los subtemas enumerados en la cláusula 2.55 antes transcrita, como constitutivos de daño emergente.

El laudo una vez que definió la naturaleza del contrato, la validez de la cláusula de terminación (la 2.55 del contrato), las consecuencias que debían seguirse de tales determinaciones y su encuadramiento dentro de la pretensión b.3, dijo que debían examinarse los fundamentos de la reclamación al Consorcio y, al efecto, expresó que éste había presentado a CarboCOL el 27 de septiembre de 1985 una reclamación según la cual la terminación unilateral del contrato le produjo consecuencias dañosas a partir de la comunicación de CARBOCOL del 13 de marzo de 1985 (donde se le comunica la decisión de terminar el contrato), porque desde ese momento perdió la posibilidad de amortizar con las utilidades provenientes de hechos que venían ocurriendo con anterioridad, que le causaron pérdidas reales y que "se extienden de esa fecha en adelante y hasta el 31 de agosto de ese mismo año, como resultado de haberse impuesto, en aquella carta y en comunicaciones posteriores, la obligación no prevista en el contrato consistente en la evacuación de las 420.000 toneladas de carbón destapado en mina, en relación con el cual tan solo recibía una remuneración del diez por ciento (10%), al paso que se le impidió terminar el tercer año de minería, todo lo cual le significó no sólo que' dejó de recibir lo que le hubiera correspondido de haberse seguido cumpliendo el contrato, como lo venía haciendo, sino que estas y las restantes labores que se le impusieron le llevaron a tener que sostener una

permanencia en la obra como si esta se realizara normalmente, causándole costos y gastos que han de serle reembolsados pues constituyen una pérdida real para el contratista y que "como el contrato terminó efectivamente el 31 de agosto de 1985, las consecuencias de la terminación unilateral e ilegal del convenio se producen, según el consorcio, a partir del 1 de septiembre de ese año, y consisten sustancialmente en el lucro cesante derivado de no lograr el Consorcio las utilidades que esperaba realizar con la explotación de las restantes toneladas de carbón, conforme al contrato, así como en el daño emergente producido, por los gastos que le impuso una liquidación anticipada e imprevista del negocio".

Dice luego el Tribunal: "por consiguiente, para atender el contenido de fondo de las pretensiones del consorcio en el proceso arbitral hay que tener en cuenta la reclamación que este presentó a Carbocol el 27 de septiembre de 1985, pues es por esta reclamación que se presentan las diferencias entre las partes que fueron sometidas al trámite previsto en el contrato para la solución de diferencias, como paso previo a la constitución del Tribunal de Arbitramento".

Añade el Laudo que "A su vez, esta reclamación, una vez que fue denegada por el Interventor en carta del 31 de julio de 1986, es la que guía la presentación de las pretensiones del Consorcio el día 13 de marzo de 1987 para poner fin a algunas de las diferencias que entre ellos presentaron con motivo de la reclamación y su rechazo por Carbocol, convenio que no obstante creó un nuevo motivo de reclamo del consorcio por el saldo del anticipo que será deducido en capítulo especial de este laudo" (págs. 44 a 46 del fallo arbitral).

Es así como el laudo agrupó los conceptos de daño emergente reclamados por el Consorcio en siete ítems o capítulos, que precisamente son los que deben examinarse por la Sala para determinar, como se dijo, si caen dentro de alguno de los conceptos enmarcados por la cláusula 2.55, que se reitera, son los únicos aspectos que quien encargó la obra (Carbocol) debe pagarle al Contratista (el Consorcio), de acuerdo con la citada estipulación contractual y lo buscado con la pretensión b.3 de la reclamación del Consorcio Domi - Prodeco - Auxini; examen este necesario para determinar la congruencia del fallo con las pretensiones, bajo la causal octava del recurso de anulación.

El primero de tales ítems está constituido por los "gastos de primer establecimiento y de operación minera".

Por este primer ítem el laudo impugnado reconoce a favor del Consorcio constructor de la obra la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150) que en la parte motiva explica como el resultado de aceptar que los gastos de preinversión y primer establecimiento (primera preparación minera) constituían gastos hechos para el desarrollo del contrato de obra, que fueron capitalizados para ser diferidos a lo largo del tiempo total de duración del contrato. Este guarismo históricamente corresponde a \$302.059.894.00, pues, el Tribunal aceptó indexarlo y así obtuvo la suma de \$369.633.150.00.

Lo anterior realmente constituye un costo que está, a su vez, representado en lo que tuvo necesidad de gastar el consorcio para ejecutar la obra objeto del contrato y, por consiguiente, cupo y cabe dentro del concepto "costo" de la pretensión b.3, y de la cláusula 2.55, por lo que no puede alegarse que en congruencia entre lo pedido y lo reconocido en el laudo o que éste hubiera recaído sobre algo no sujeto a la decisión del Tribunal de arbitramento.

Si el tribunal no apreció debidamente la prueba de las partidas que componen este rubro o si incurrió en error en la apreciación de la misma, es punto que no puede ser motivo de examen por parte de la Sala por las razones que atrás se explicaron al hablar de los límites del recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral y especialmente en lo relacionado con la causal "octava".

Distinto sería el caso si la Sala hubiera encontrado que bajo ese ítem incluyera el laudo alguna partida no pedida o no comprendida dentro de los conceptos "costo", o "valor del trabajo hecho", que hubiere sido o excluida por voluntad de las partes.

Costo. sustantivo que hasta el año de 1984 no había sido admitido por la Real Academia de la Lengua, viene a ser, como derivado del verbo costar, el precio por el cual se compra o adquiere una cosa o lo que se paga para adquirir una cosa.

La contabilidad, que no es sino el sistema adoptado para llevar la cuenta y razón de los ingresos, egresos y utilidades de una persona o empresa, siempre ha considerado que es necesario registrar como "activo diferido los gastos efectuados para organizar y poner en marcha un negocio o empresa, los cuales, usualmente se amortizan con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias en un período razonable, teniéndose por tal el de tres a cinco años, pues no tendría sentido que se cargaran a los ingresos del primer año, siendo así que tales gastos benefician al negocio en los demás años por venir".

W.A. Paton, en su "Manual del Contador", Ed. Uteha, México, 1975, pág 178 escribe: "Se conviene por lo general, en que los costos que de buena fe originan la promoción y la organización de una empresa de negocios, tales como los honorarios de los iniciadores, los gastos de formación de la sociedad, las comisiones y otros gastos que es preciso hacer para reunir el capital necesario, no son costos que se han de cargar a los ingresos corrientes (que pueden ser nulos o muy pequeños al hacer esos gastos), ni son tampoco pérdidas efectivas; se sigue de ahí que esas costas tienen que representar propiedad o activo, puesto que no hay otra alternativa. Es claro que puede dárseles el nombre de "cargos diferidos", pero esta forma de manejarlos, si se considera como un procedimiento especial, no es más que una petición de principio. los "cargos diferidos" tienen que ser, o bien costos de propiedad (activos) o cargos en supuesto contra el capital invertido."

Y el tratadista Roy B. Kester (Contabilidad - "Teoría y Práctica", Ed. Labor Barcelona, 1950, Tomo 11, pág 398) dice: "Los gastos de constitución representan aquellos costos en que necesariamente se incurre para colocar una empresa en condiciones de funcionamiento, es decir, al objeto de habilitarla para desarrollar las operaciones y producir ingresos. En este epígrafe se incluyen generalmente los gastos de escritura y registro, de suscripción de las acciones, compras de libros, registros de acciones, gastos de oficina en conexión con la emisión de capital, y otros conceptos similares. Todos estos gastos son necesarios e inevitables y sin ellos no podía la empresa iniciar sus actividades (...) Del mismo modo que los costos de instalación de maquinaria se capitalizan al añadirse al valor de ésta, así mismo se capitalizan los gastos de constitución de una empresa por ser la medida del mayor valor que los elementos organizados del negocio poseen sobre los que están organizados, ya que ha logrado la reunión de capitales y se les ha puesto en actividad nombrándose la gerencia de empresa y formándose los planes de operación (...). La amortización de los gastos de constitución debe llevarse a efecto con tanta rapidez como los beneficios netos lo permitan, generalmente durante un período máximo de tres años". En otro aparte

de la misma obra, se explica cómo los gastos en equipo, transporte e instalación del mismo, oficinas, etc., de un contratista de obras, constituyen "costos de la obra".

En esta materia, es preciso, pues, tener en cuenta dos conceptos que son fundamentales: los gastos necesarios para poner en marcha una empresa (organización, escrituras, instalación) que constituyen un activo diferido, es decir que se capitaliza, para ser amortizado en un período prudencial, al cabo del cual ya no deberán, por consiguiente, influir en los costos de operación de ella; y todos aquellos otros se deben tener en cuenta como costos de los activos fijos o movibles de la misma empresa.

La legislación fiscal colombiana, a la par con la de los demás países, estima todos esos gastos como verdaderos costos. En relación con los primeros autoriza que se amorticen en un periodo hasta de cinco años (arts. 142 y 143, Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario) y los segundos (por ejemplo, los de transporte de una determinada maquinaria, escritura de adquisición del lote donde se efectúa una construcción, mejoras a ésta, etc.) constituyen costo del correspondiente activo, que afectarán o no los ingresos del contribuyente, en diversas proporciones, para la determinación del ingreso gravable (renta), según su contabilización y el correspondiente tratamiento tributario, pero que en todo caso constituyen o bien costo de un activo en particular (amortizable a través de la deducción por amortización) o bien costo operativo, deducible de la renta en el período fiscal en el que se realice (gasto). (Art. 58 y ss. ib.). Acertó, pues, el Tribunal al proveer sobre la pretensión relacionada con "gastos" de primer establecimiento y de operación minera como uno de los varios ítems constitutivos de "daño emergente", aún cuando no en su monto en cuanto indexó parte de los mismos cuando no le era dable hacerlo, como se verá en otra parte de este fallo.

No prospera, pues, el cargo.

Cargo D. del Capítulo VI:

Lo formula así el impugnante: "Cuando el tribunal aceptó la solicitud del apoderado del Consorcio, hecha en su alegato emergente se le reconocerá el valor de los costos y gastos que los peritos financieros calcularon en sus respuestas a las preguntas 3.2, 3.3 y 3.4 del cuestionario que puso a su consideración el mismo apoderado, falló sobre puntos no sujetos a su decisión

Para el recurrente los costos y los gastos a que se refieren los peritos financieros en sus respuestas a las preguntas 3.2., 3.3, y 3.4 citadas en el cargo, no fueron entre las diferencias sometida al Tribunal porque el Consorcio, siguiendo el procedimiento pactado en la Cláusula 2.67 del Contrato no los incluyó entre los puntos, en su oportunidad, sometidos al interventor, ni lo fueron en la comunicación del Consorcio a Carbocol del 27 de septiembre de 1985. Además, en el acuerdo consignado en el documento del 13 de marzo de 1987 (por el cual arreglaron las partes definitivamente algunas de sus diferencias) que dió lugar a que se suscribiera el Acta que desarrolló la cláusula Compromisoria, el Consorcio "reiteró su rechazo a la eficacia y validez de la cláusula 2.55 y se reservó el derecho de someter al Tribunal de Arbitramento lo relativo al reembolso de los costos financieros causados por los créditos contraídos por EL CONSORCIO para financiar la ejecución del contrato y la adquisición de los equipos de minería; el valor del carbón que según él había quedado destapado el 31 de agosto de 1985 y la procedencia de la deducción hecha por CARBOCOL, del saldo pendiente del anticipo para la compra de maquinaria y de las sumas ya entregadas para el pago

de las indemnizaciones de tipo laboral y para el pago del contrato de celaduría" y, sin embargo, en el laudo se decidió sobre el costo de los bienes del arrendamiento, el valor del arrendamiento financiero, etc. Critica el recurrente, bajo este cargo, especialmente el que el Laudo hubiera tenido en cuenta los pagos de hechos por el Consorcio a Domi, miembro a su vez de dicho Consorcio, por concepto del arrendamiento financiero de la maquinaria que se empleó en la ejecución del trabajo, los cuales no podía incluir en su reclamación porque por una parte ellos demuestran que el consorcio no estaba en condiciones de cumplir el contrato y por otra revelan que el mismo Consorcio había cambiado la destinación del anticipo que Carbocol le entregó para la compra de maquinaria.

También crítica que se hubiera tenido en cuenta entre los costos y gastos de que se trata, el saldo no amortizado del anticipo, cuando en virtud del acuerdo del 13 de marzo de 1987 este saldo fue compensado con parte del valor acordado para la compra, por carbocol al Consorcio, de la maquinaria, por lo cual el punto no estuvo sujeto a la decisión de los árbitros, a pesar de lo cual el laudo se pronunció sobre él, al haberlo incluido dentro de los citados costos y gastos.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, replica la forma en que el impugnante presenta el cargo que se examina pues, dice, es mas propia de un alegato de instancia que de un escrito sustentatorios del recurso extraordinario de anulación y agrega, luego de detenerse sobre la naturaleza de la figura jurídica del consorcio, que "se trata de temas - los planteados por el impugnante, aclara la Sala que nada tienen que ver con la causa; octava tantas veces citada, por lo cual no pueden ellos prosperar". (fl. 147, C. 1).

SE CONSIDERA:

Más adelante, al estudiar el cargo elevado por concepto de error aritmético, la Sala examinará lo relativo al saldo no amortizado del anticipo. Por ahora despachará el cargo en cuanto a las restantes argumentaciones.

En el subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo, se condena a CARBOCOL al pago de la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6.732.856.190) suma que se reconoce 'por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987".

El recurrente en anulación alega (Cargo D) que "Cuando el Tribunal aceptó la solicitud del apoderado del Consorcio hecha en su alegato de conclusión, de que a título del compensación del daño emergente se le reconociera el valor de los costos y gastos que los financieros calcularon en sus respuestas a las preguntas 3.2, 3.3, y 3.4., del cuestionario que puso a su consideración el mismo apoderado, falló sobre puntos no sujetos a su decisión". En otras palabras considera que hay aquí un caso de fallo extra petita.

Para determinar si hubo fallo extra petita, es necesario no solo comparar la pretensión b.3 y la condena, sino que es preciso también determinar si, tal suma, corresponde a alguno de los conceptos "costos" y "valor del trabajo hecho", a la luz de la cláusula 2.55, pues de no ser así, según lo explicado atrás, el cargo debería despacharse favorablemente.

Los árbitros, según el laudo llegaron a este monto (pág. 67) como resultado de determinar que en los períodos comprendidos entre la fecha en que comenzó a ejecutarse el contrato y el 13 de marzo de 1985 (cuando Carbocol dió al Consorcio la orden de que se limitara a trabajar el carbón previamente destapado en mina), entre esta fecha y el 31 de agosto de 1985 (fecha en la cual, según la misma orden, terminaba el contrato) y desde ésta, hasta el 31 de julio de 1987 (cuando los peritos hicieron el corte de cuentas para preparar su dictamen), el total de ingresos fue de \$7.401.793.797 y el total de egresos fue de \$15.255.414.857 dentro de los cuales \$5.406.482.064 corresponden a cánones por arrendamiento financiero de maquinaria que el Consorcio contrató con la firma DOMI (uno de los miembros del citado Consorcio), de los cuales los árbitros, acogiendo en parte el experticio, los reducen en \$2.066.131.150 por concepto de rendimiento financiero del anticipo de US\$8.000.000.00 que el Consorcio había recibido para la compra de la maquinaria.

Para resolver el cargo acerca de este punto, hay necesidad de tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) El Consorcio celebró con las firmas Domi y Auxini primero, y luego con Domi, integrantes del mismo, un convenio por el cual esta última mediante operaciones de crédito con entidades financieras del exterior adquirieron la maquinaria necesaria para realizar la obra contratada con Carbocol y para dotar al mismo Consorcio del capital de trabajo requerido, a cambio del reconocimiento por, el Consorcio de unos cánones por arrendamiento financiero con opción de compra a favor de este arrendatario

b) En el contrato celebrado entre el consorcio y Carbocol se pactó que éste daría al primero un anticipo de ocho millones de dólares de los Estados Unidos de América para adquirir la maquinaria y el equipo de minería necesario.

Así las cosas, es evidente que para calcular los "costos" por este concepto y de acuerdo con la pretensión b.3., en concordancia - por lo expuesto atrás - con la cláusula 2.55 tenía que desconocerse esa cantidad de US\$ 8.000.00.00. Lo contrario implicaría que Carbocol, no obstante haber pagado anticipadamente tal cantidad, tendría que reconocer unos costos financieros por arriendo con opción de compra de maquinaria para cuya adquisición, justamente, había desembolsado esos US\$ 8.00.000.00.

El Tribunal no procedió así, sino que calculó un rendimiento financiero teórico a esos US\$8.000.000.00 y lo dedujo de aquellos cánones. Pero este proceder, acertado o no, no puede corregirse por la Sala, en virtud del estrecho marco de acción dentro del cual se actúa en el recurso extraordinario de anulación, pues, lo contrario sería tanto como convertirse en juzgador de segunda instancia para penetrar en la órbita soberana del Tribunal, lo cual le está vedado legalmente.

Así las cosas, por lo expuesto el cargo no prospera.

Cargo C. del Capítulo VI:

Lo enuncia el recurrente en los siguientes términos: "El laudo recayó sobre los puntos no sujetos a la decisión de los árbitros cuando dentro de las partidas a que se refieren los numerales 1), 2), 4) y 5) de las condenas impuestas a CARBOCOL, incluyó total o parcialmente y según lo explicó en el Capítulo V del fallo (pág, 113)

la indexación del valor de la reparación del daño emergente o del lucro cesante (fl. 26 de memorial del impugnante, C. 1, Fls 44 y 45).

Y lo fundamenta en que siendo la indexación un aspecto de la reparación indemnizatoria encaminada a evitar que el acreedor sufra los efectos de la pérdida en el valor adquisitivo de la moneda, desde cuando se hace exigible la indemnización hasta cuando se efectúa el pago por el deudor, ha debido aplicarse a esta parte de la reclamación el artículo 1.615 del Código Civil según el cual, la indemnización se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, como a su parecer "lo intuyó también el apoderado del Consorcio cuando en su alegato (pág. 160), habla de que no sería equitativo exigir a sus clientes el cumplimiento de los requisitos que según las más exigentes de las tesis, son necesarios para la constitución en mora como paso previo a la condena al resarcimiento del daño causado".

"Evidentemente - añade el recurrente - bien se dió cuenta dicho apoderado de que si de indemnización se trataba y no del cumplimiento de una obligación, era indispensable que el presunto deudor, o sea, CARBOCOL, se hallara en una de las situaciones previstas por el artículo 1.608 para que se colocara en mora.

"Pero he observado... que realmente la pretensión b.3 no perseguía la indemnización exigible por el incumplimiento del contrato, sino el reconocimiento y pago de las obligaciones que, según estatuyó el Tribunal, nacían del mandato consignado en el Artículo 2056 del código Civil.

"Entonces se deduce sin dificultad que, con fundamento en la prosperidad de la pretensión b.3 y de la subsecuente aplicación del artículo 2056 del Código Civil en su segundo inciso, y ante la validez y eficacia reconocida a la Cláusula 2.55 del contrato, no podían los árbitros ocuparse de ninguno de los aspectos que eran objeto de las otras pretensiones que contemplaban, por el contrario, una infracción del contrato que generaba lógicamente el deber de indemnizar.

"De esta manera, la condena a la indexación es incongruente con el reconocimiento de la validez de la Cláusula 2.55 y con la tesis de que existía a cargo de CARBOCOL las obligaciones señaladas en el segundo inciso del Artículo 2056 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

Sin necesidad de referirse a los argumentos contenidos en la réplica suscrita por el señor apoderado del Consorcio Domi - Prodeco - Auxini (C.1, fls. 142 y 143), estima la Sala que este cargo envuelve cuatro aspectos bien caracterizados, a saber:

a) Pretende derivar la censura hacia una violación de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 1615 del C.C., al criticar que se condenó al pago de una indemnización sin colocar previamente al deudor en mora.

b) Manifiesta que la pretensión b.3 no perseguía la indemnización exigible por el incumplimiento del contrato, sino el reconocimiento y pago de las obligaciones que, por decisión del Tribunal, nacieron por aplicación del artículo 2056 del Código Civil

c) Considera entonces que no podían los árbitros ocuparse de los aspectos de la indexación, que era objeto de otras pretensiones que sí contemplaran infracción del contrato, con el deber consiguiente de indemnizar.

d) Concluye que la condena a la indexación es congruente con el reconocimiento de obligaciones a cargo de Carbocol, con fundamento en la Cláusula 2.55 y el art. 2056 del Código Civil.

Así planteadas las cosas, aparentemente se observa que la censura tampoco encuadraría dentro de la causal octava en que dice fundamentarse, porque se ataca el laudo por haber concedido algo que correspondía a una indemnización, que se derivaría de la aplicación de una norma sustancial (el art. 1.615 del C.C.), que en verdad no se aplicó, pues, por parte alguna el fallo la invoca o la utiliza en su apoyo.

Ya atrás se di que dentro del ámbito de la causal octava el original art. 672 del C. de P. C., no cabe la acusación de un laudo por violación directa o indirecta de la ley sustancial, lo que sería suficiente para despachar el cargo desfavorablemente.

No ocurre lo mismo en cuanto respecta a la inconformidad que aduce el recurso entorno de la incongruencia contenida en el laudo al ordenar indexar algunos de los guarismos contenidos en las condenas impuestas a Carbocol, dado que el Tribunal de Arbitramento no estaba facultado expresamente por las partes para proveer sobre este tópico, como pasa a demostrarse.

a) El Tribunal en punto tocante con el tema de la indexación, en el Capítulo V (fl. 113 y 114), discurrió así:

"El Tribunal reconocerá la indexación pretendida por el Consorcio y la aplicará en los valores estimados por los peritos financieros, con las siguientes aplicaciones:

"a) En relación con la reparación del daño emergente causado por los gastos en que incurrió el Consorcio por concepto de la pretensión denominada primer establecimiento, solamente se hará el reconocimiento de una indexación parcial como se dejó explicado en el capítulo correspondiente (capítulo IV A, 1).

"b) En relación con la reparación del daño emergente causado por los gastos en que incurrió el Consorcio no reembolsados por Carbocol en los períodos tratados en los puntos 2, 3, y 4 del Capítulo IV de este laudo se reconocerá indexación de las partidas a cargo de Carbocol, salvo en lo referente al tercer período (4. Capítulo IV) en el cual la indexación no afecta sino los gastos de operación por la razón que exponen los peritos financieros al responder la pregunta 3.12 así: "En lo correspondiente al punto 3.4 se indexa únicamente la parte de los gastos generales de operación y se reserva el valor del costo de los bienes del arrendamiento y el del arrendamiento financiero debido a que por el sistema de cálculo empleado, se obtuvieron estas cifras a precios de julio 31 de 1987".

"La indexación reconocida se contrae a fecha de julio 31 de 1987 porque aunque se sugirió que el Tribunal la proyecta a la fecha de este laudo, no existe sin embargo prueba oficial que permita hacer de manera cierta dicha evaluación".

b) En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes quienes en desarrollo de una facultad legal, hoy con respaldo constitucional (art. 116 C.N. de 1991), quedan facultades para proveer

sobre las precisas cuestiones o diferencias que los interesados enlistan en el pacto arbitral y en el desarrollo del mismo. Dicho de otra manera, son las partes quienes con toda nitidez y claridad habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Lo que no hubieren determinado de esa manera rebasará el rígido marco arbitral. Por manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atenderán contra el principio de la congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

c) En el caso sub examine, la Sala no encuentra que las partes hubieran hecho referencia, en las condiciones atrás anotadas, oportunamente al tema de la indexación, corrección monetaria o actualización de condenas, por lo que se impone concluir que fue su voluntad la exclusión de tal fenómeno jurídico - económico de las llamadas "cuestiones arbitrales". Las partes al impedirle al Tribunal de Arbitramento ocuparse y, por supuesto, resolver sobre el fenómeno indexatorio, fijaron autónomamente su querer, consistente en que el mismo no fuera tocado para nada por los árbitros. Si bien es cierto que existen tendencias doctrinales y jurisprudenciales que abogan por considerar y resolver de oficio el fenómeno indexatorio, ello por ser de recibo en campos distintos al arbitral, mas nunca en éste por la elemental razón de que la competencia de los árbitros es estricta, taxativa y oponible a éstos y a las partes.

En efecto, ni en la reclamación del Consorcio presentada a Carbocol con fecha 27 de septiembre de 1985 rechazada por éste el 4 de febrero de 1986, como tampoco en el documento de 13 de marzo de 1987 mediante el cual las partes desarrollaron la cláusula compromisoria, se mencionó y, mucho menos, se convino incluir la indexación o corrección monetaria para que los árbitros se ocuparan de ella y la decidieran, por lo que lo resuelto por ellos en el laudo arbitral sobre tal aspecto encuadra dentro de la causal 8a del original art. 672 del C. de P.C., invocada por el recurrente para que la Sala corrija el laudo en lo que los árbitros excedieron su competencia por haber recaído el fallo emitido por ellos sobre puntos no sujetos a su decisión. Cabe resaltar que tan sólo en el cuestionario formulado por el señor apoderado del Consorcio a los peritos, se refiere, por primera vez, al tema que se viene tratando.

d) Algunas de las condenas impuestas bajo el numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo del 4 de marzo de 1988, contienen la referida indexación o corrección monetaria, como lo explícito dicho proveído en su Capítulo V. La Sala para cumplir la ordenación legal de corregir el laudo, en cuanto impuso como condena a cargo de Carbocol, siguiendo la recomendación de los peritos financieros, apartes por actualización, tomará cada uno de los subnumerales del citado numeral TERCERO de la resolutive y descontará lo que constituyó esta materia y precisará el saldo neto de cada una de estas condenas.

Subnumeral 1) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este subnumeral, el laudo condenó a Carbocol y en favor del Consorcio "por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150)".

A folios 51 a 53 el laudo explica que el costo histórico del presente rubro asciende a TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$302.059.894.00), pero que al acoger la

indexación parcial efectuada por los señores peritos financieros, la resultante final es la de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$369.633.150.00). Esto es, que confrontando éstos dos valores se encuentra como indexación la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$67.573.256.00). La Sala al deducir ésta cantidad corregirá la condena impuesta bajo este rubro para dejarla en su valor histórico de TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$302.059.894.00).

Subnumeral 2) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este subnumeral el laudo condenó a Carbocol y en favor del Consorcio "Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6.732.856.190.00).

Para llegar al monto consignado en el subnumeral que ahora se analiza, el Tribunal acogió la recomendación de los peritos financieros quienes indexaron parcialmente los diversos ítems del rubro respectivo, tal como lo explica el laudo (fl. 53 a 57). Los expertos en finanzas en su dictamen inicial al contestar la pregunta 3.12 formulada por el señor apoderado del consorcio, a fls. 73 a 74 de su trabajo, explican los valores históricos y la parte indexada de los mismos, es decir, el valor de OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$881.126.749.00), correspondiente a los Gastos Generales de Operación. Bajo el rubro en análisis, los expertos señalan como costo histórico la suma de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$6.256.661.126.00) los que aumentados con la indexación que monta a CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$178.473.251.00), asciende a SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$6.435.134.377.00). Este rubro, fue explicado por los expertos financieros en su dictamen en los siguientes términos:

"En la correspondiente al punto 3.4, se indexa únicamente la parte de Gastos Generales de Operación y se conserva el valor del Costo de los Bienes de Arrendamiento y el del arrendamiento financiero debido a que, por el Sistema de cálculo empleado, se obtuvieron estas cifras a precios de julio 31 de 1987.

"Sobre este mismo punto, consideramos necesario aclarar que, para la indexación de los Gastos Generales de Operación del período comprendido entre el 1º de septiembre de 1985 y el 31 de julio de 1987, fue preciso considerar que esta cantidad es el resultado de la acumulación de gastos entre las dos fechas, por lo cual se determinó un promedio mensual durante cada uno de los 23 meses del período para luego aplicar el proceso de indexación mensualmente con los índices correspondientes del DANE". (fl. 73).

Producto de las aclaraciones y complementaciones requeridas por los señores apoderados de cada una de las partes, visibles a folios 28 y 31 del cuaderno respectivo, los auxiliares de la justicia aclaran que los gastos comprendidos entre el 1º de septiembre de 1985 a 31 de julio de 1987, históricamente ascendieron a

SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$6.256.661.126.00), como el Tribunal impuso bajo esta condena la obligación de que Carbocol le pague al Consorcio la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$6.732.856.190.00) la diferencia entre estas dos sumas arrojan la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL SESENTA Y CUATRO PESOS (\$476.195.064.00) que es la indexación parcial comprendida en dicha condena.

Para corregir el laudo, la Sala toma como monto de esta condena, la cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$6.256.661.126.00), o sea el costo histórico del referido rubro y así lo dispondrá en la parte resolutive.

Subnumeral 4) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este rubro el laudo denominó "Concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$308.930.598.00)". La Sala al despachar el cargo E del Capítulo VI, anunció la corrección de ésta condena para reducirla a su valor histórico, o sea la suma de \$234.375.000.00, como La presentaron los peritos financieros, página 74 de su dictamen y lo reiteraron en las aclaraciones y complementaciones por esta razón sobra cualquier otro pronunciamiento al respecto, pues la condena quedará por su valor histórico antes mencionado.

Subnumeral 5) del numeral TERCERO del laudo:

Por sustracción de materia es del caso entrar a ocuparse de la argumentación traída por el recurrente en esta oportunidad, dado que la Sala encontró que esta condena por lucro cesante debe quedar sin valor ni efecto, al resolver el Cargo B del Capítulo VI.

En los anteriores términos, queda resuelto el cargo C del presente Capítulo VI.

El cargo, pues, prospera como quedó explicado.

SECCION SEGUNDA.- Análisis de los cargos formulados con base en la causal séptima del art. 672 del C. de P.V. de 1970.

En el ámbito de la causal séptima del original artículo 672 del C. de P.C., "contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias", formula el recurrente en anulación varios cargos que pasan a examinarse, previas algunas anotaciones de tipo general:

El impugnante, antes de la individualización de los cargos, hace ciertas consideraciones generales acerca de la necesidad de referirse a la parte motiva del fallo para poder predicar las incongruencias que luego puntualiza en cada motivo de inconformidad y anota que: "En este sentido, debo insistir en que la SEGUNDA declaración hecha por el Tribunal de que la aplicación que hizo CARBOCOL de la Cláusula 2.55 causó perjuicios al Consorcio, frente a la PRIMERA que declaró válida y eficaz dicha Cláusula, conduciría necesariamente

a entender que CARBOCOL abusó de sus derechos, puesto que sólo en esta hipótesis cabría hablar de perjuicios, ya que el uso legítimo de la facultad reconocida en dicha cláusula, no podría en ningún caso dar nacimiento a acción indemnizatoria alguna y a ello se agrega la consideración de que, ni el propio Consorcio ni el Tribunal expresaron en ninguna parte que CARBOCOL no hubiera cumplido con todas y con cada una de las obligaciones a su cargo señaladas en las tantas veces mencionada Cláusula". Textualmente arguye que:

"Por el contrario, el Consorcio encaminó todos sus esfuerzos hasta llegar al propio alegato de conclusión en el proceso arbitral a negar y comprobar la ineficiencia y nulidad de la Cláusula, reconociendo tácitamente que CARBOCOL le había dado la aplicación pertinente reconocida por vía de excepción al Derecho común a favor de la Administración y que, por ello, ante la ausencia, cuando se celebró el contrato, de una disposición legal relativa a la terminación unilateral, debía aplicarse la del segundo inciso del Artículo 2956 del Código Civil". (fls. 61 y 62 c. 1).

Más adelante, a propósito del estudio del cargo identificado como J.1, la Sala se referirá al punto relativo a cuándo es posible estudiar la parte motiva del fallo en conexión con la resolutive para efectos de determinar si existe incongruencia entre varias condenas que en la resolutive se contienen, y a las consideraciones que allí se harán se remite para contestar lo expuesto por el impugnante. Y en cuanto a la contradicción que anota entre la declaración hecha en el numeral PRIMERO sobre validez y eficacia de la Cláusula 2.55 y la del numeral SEGUNDO en el sentido de que por la aplicación de dicha cláusula 2.55 CARBOCOL causó perjuicios al Consorcio, ya la Sala indicó todo el alcance que ella tiene.

I.- Cargo A.1. " Las declaraciones de los PUNTOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la parte resolutive del laudo, son contradictorias entre sí, en cuanto habiendo reconocido en la PRIMERA la validez y eficacia de la Cláusula 2.55 del contrato, declaró en la SEGUNDA, que CARBOCOL, mediante su aplicación, causó perjuicios al Consorcio y, le impuso en la TERCERA, como consecuencia, las condenaciones respectivas". (fl. 62, C. 1).

SE CONSIDERA:

Lo expresado atrás sobre la no incongruencia entre los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive del laudo, sirve también ahora para desechar el cargo sub-examine, pues las condenas de que trata el numeral TERCERO no son sino la cuantificación de la impuesta por el numeral SEGUNDO que, a su vez, es la consecuencia de la validez reconocida, en el numeral PRIMERO de la parte resolutive del laudo, a la cláusula 2.55, no existiendo, pues, contradicción alguna por este aspecto entre ellas. Sobra, por contera, cualquiera otra argumentación para rechazar el cargo.

No prospera el cargo.

II.-Cargo B. I. "La declaración de validez y eficacia de la Cláusula 2.55, hecha en el numeral PRIMERO de la parte resolutive del laudo y la advertencia consignada en la parte motiva del mismo (pág. 11) de que por las razones ya transcritas en las págs. 35, 36, y 37 de este alegato no se accedería a condenar a CARBOCOL a pagar al Consorcio suma alguna por razón del saldo no amortizado del anticipo, son incompatibles de la inclusión que de dicho saldo como gasto o costo reembolsables se hizo para llegar a la condena por \$6.732.856.190.00 en el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive".

Considera el impugnante que como a la condena por \$6.732.856.190.00 se llegó mediante una operación matemática consistente en sumar los egresos constitutivos de gastos "pretendidamente reembolsables", en la cantidad de \$15.255.414.857.00 entre los cuales figura la partida de \$1.016.183.397.00 correspondiente a saldo no amortizado del anticipo, y restar ingresos por valor de \$7.401'793.797.00 "para llegar a una diferencia de \$7.853.621.060.00, elevada luego por virtud de su indexación a \$8.798.987.340.00 de la cual se dedujo \$2.066.131.150.00...", pugna esta condena "con la propia afirmación de que la Cláusula 2.55 era válida, en cuanto hacía exigible para efectos de producir el pago por compensación del anticipo, el saldo insoluto que fue precisamente lo que hizo en el acuerdo del 13 de marzo de 1987, ya que su inclusión como gasto o costo reembolsable equivale a ordenar el pago que específicamente se había rechazado".

Finaliza el censor argumentando que:

"De esta suerte, no pueden coexistir simultáneamente la decisión de rechazar la petición del Consorcio encaminada a obtener el pago de la suma que se dedujo del precio de la compraventa por razón del saldo no amortizado del anticipo y la inclusión de la misma partida como gasto o costo reembolsable". (fls. 67 y 68).

El apoderado del consorcio opositor, tras advertir - como consideración general - que el impugnante cuando critica algunas de las conclusiones del trabajo pericial financiero, pasa por alto "el hecho de que sus argumentos (...) configurarían supuestas fallas del dictamen que él ha debido objetar por error grave dentro de la oportunidad procesal prevista para tal efecto, como en varias ocasiones se lo puso de presente el Tribunal de Arbitramento en la parte motiva del laudo" (fl. 150 C 1); replica este cargo argumentando que "la pretendida incompatibilidad no existe por cuanto el Tribunal precisamente descontó de la condena las partidas correspondientes tanto al saldo no amortizado del anticipo como a los posibles intereses e indexación que pudieran causarse sobre las mismas", agrega que lo expuesto por el impugnante en la sustentación del cargo se endereza a demostrar que en la parte motiva del laudo el Tribunal habría incurrido en error de apreciación del dictamen pericial financiero, "cuestión (...) absolutamente ajena al recurso de anulación" y explica cómo y por qué, en su criterio, "por razones de técnica contable el llamado por los peritos saldo no amortizado del anticipo figura paralelamente como ingreso y a la vez como gasto" (fl. 154, C 1).

SE CONSIDERA

A fin de entender lo expuesto por el recurrente, es necesario para la Sala concatenarlo con lo que se dirá al despachar el cargo fundado en la causal novena, cuando allí se sostiene que los árbitros omitieron la resolución de una cuestión sujeta al arbitramento: la relativa a si era o no procedente la deducción del saldo no amortizado del anticipo.

Allí se verá que no se presentó la omisión anotada, pues el Tribunal al haber sumado dentro de los gastos el valor no amortizado del anticipo y por otro lado, haber incluido entre los ingresos el valor total de compra del equipo de minería (\$2.580.784.400.00), del cual se pagó en efectivo la suma de \$1.564.601.003.00 y el resto se compensó con el valor de aquel saldo, en realidad si tuvo en cuenta dicha pretensión, por lo cual no se dejó de resolver sobre ella. De allí que la Sala considere que no debe prosperar, como así lo dirá, la acusación montada con fundamento en la causal novena.

En cuanto si, con la realización de tales operaciones, y con la denegación hecha por el laudo a deducir el saldo no amortizado del anticipo, se presenta una contradicción, encuentra la Sala que si no era procedente dicha deducción (el Laudo en las págs. 61, a 64 y 110 a 113 así lo dice y en la resolución obviamente lo confirma en el numeral CUARTO, cuando deniega las demás pretensiones del Consorcio), no podía por un lado sumar el saldo entre los egresos y por el otro restarlo a los ingresos, pues, dentro de estos el saldo está incluido en la partida de \$2.580.784.400.00, valor de compra de la maquinaria hecha por Carbocol al Consorcio.

No prospera el cargo.

III.- Cargo C.1. "Así mismo, resulta incongruente reconocer la validez de la Cláusula 2.55, en cuanto allí se convino que el pago por equipo de minería se haría según su valor en libros basados en las horas reales de operación y en la vida útil estimada (de cuya aplicación resultó el precio acordado en el documento de compraventa del 13 de marzo de 1987) con la inclusión entre los mismos gastos reembolsables u que se refiere el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive, del llamado "costo de los bienes del arrendamiento".

Lo fundamenta el impugnante en que "Los peritos Financieros a tiempo de hacer las aclaraciones que les solicitaron las partes, y cuando dieron respuesta a la pregunta 2 que les formule..., indicaron que este llamado Costo de los bienes del arrendamiento" correspondía a la depreciación de la maquinaria y del equipo de minería, calculado sobre el valor de esos bienes y que ascendía al total de las sumas señaladas en las respuestas a las preguntas 3.2, 3.3 y 3.4, o sea, a \$5.481.028.916.00, liquidado hasta el 31 de julio de 1987.

"Como además, entre los ingresos señalados a título de compensación de los gastos reembolsables por el... indicado total de \$15.255.414.857.00 incluyeron los Peritos Financieros... y aceptó el Tribunal la suma de \$2.584.996.266.00 que correspondía al precio pagado por el equipo resulta claro que, contra lo indicado en el acuerdo del 13 de marzo de 1987 y lo establecido por los propios Peritos Financieros de la maquinaria y el equipo fue de \$678.410.592.00, se pretende obtener por ellos un precio superior al acordado por las partes así:

"Costo de los bienes de arrendamiento (depreciación) \$5.481.028.916.00

"Descuento del saldo no amortizado del anticipo \$1.016.183.397.00

Total..... \$6.497.212.313.00

Menos precio del acuerdo el 13 de marzo de 1987 \$2.584.996.266.00

Suma que se pretende obtener por el equipo \$3.912.216.047.00

"Entonces, a pesar de que el Tribunal en los apartes de su sentencia ya comentados y transcritos a tiempo de tratar de la devolución del anticipo, había puntualizado que el convenio del 13 de marzo de 1987 contentivo del contrato de compraventa del equipo, obliga a las partes como lo hacía la cláusula 2.55 en este particular, incluye como gastos reembolsables partidas que aumentan el valor neto de \$1.564.601.033.00 pagado al Consorcio y comprensivo de un asuste en cambios por \$1.358.768.683.00 (página 65 adición de los Peritos Financieros) a la cantidad de \$3.912.216.047.00 y, lo que es mas inexplicable que perteneciendo el

equipo a Domi, por lo cual esta sociedad fue la vendedora, el precio de la compraventa se deduzca de lo que según lo sostiene el Consorcio, debía pagarle por razón del arrendamiento financiero cuando, en sana lógica dicho precio debía sumarse y no restarse a las obligaciones que se dicen contraídas por éste a favor de aquélla.

"En otras palabras: La validez no discutida de la Cláusula 2.55 en cuanto señala el pronunciamiento para determinar el precio de adquisición por parte de CARBOCOL del equipo de minería y de cuya observancia resultó el convenio sobre el particular celebrado el 13 de marzo de 1987, es incompatible con este otro sistema adoptado por los Peritos y por el Tribunal, de fijar como depreciación una suma muy superior a su costo neto en 31 de agosto de 1985 aún reajustado de conformidad con el cambio en la cotización de las divisas utilizadas para comprobarlo, por lo cual las mismas razones consignadas en el capítulo inmediatamente anterior, deben rechazarse tanto la inclusión de este "costo de los bienes del arrendamiento" como su subsiguiente indexación.

"Si no es así y, en cambio, se pretende que no hay contradicción por este aspecto entre las decisiones que comento, se llegaría a la conclusión aún más absurda, de que CARBOCOL adeuda al Consorcio o a Domi el precio del equipo que adquirió, ya que la suma que por tal concepto entregó, se destinó a compensar parcialmente el valor de los gastos que, dentro de esta extraña hipótesis, debía reembolsar o reconocer".

SE CONSIDERA:

Para la Sala el cargo no puede prosperar porque aquí no se presenta ninguna contradicción entre el subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo con otro punto del mismo numeral o con otros numerales del mismo fallo, sino que, como puede apreciarse de la lectura de la fundamentación que hace el impugnante, la incongruencia se alega en relación con el acuerdo sobre compra de la maquinaria celebrado entre Carbocol y el Consorcio y sobre el precio que los Peritos Financieros dieron al monto de la depreciación de la maquinaria y a su indexación. Como se advirtió, la incongruencia que abre campo a la corrección del laudo bajo la causal séptima tiene que predicarse y fundarse en incompatibilidad entre partes de la resolución tomada por el sentenciador, en forma tal que haga imposible ejecutar una o unas resoluciones porque el cumplimiento de otra u otras lo impedirían.

Además, ninguna contradicción puede achacarse al reconocerse que el saldo no depreciado del equipo pudiera compensarse con el valor de compra de éste por parte de Carbocol, como en efecto sucedió; el saldo neto recibido en efectivo por el Consorcio al vender la maquinaria ($\$2.584.996.266.00 - \$1.016.183.397.00 = \$1.564.0601.003.00$) se toma como ingreso para efectos de determinar la diferencia entre los gastos operativos y financieros, por un lado, y los ingresos totales del ,Respectivo período, por el otro; así se obtiene el saldo a cargo de quien contrató la obra y a favor del Consorcio.

Si algún error conceptual resultara de las operaciones hechas por los Peritos Financieros (que no fueron objetadas en su oportunidad por el ahora impugnante, anota la Sala) y acogidas sin reservas por el Tribunal, su corrección no es procedente al amparo de la causal séptima porque tal error no hace imposible la ejecución del subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo enfrentado a otros puntos del mismo numeral o a otros numerales de la misma parte resolutive.

Por otra parte, el aspecto atinente a la indexación del referido cubro se ordenó corregir al despachar el cargo E del Capítulo VI.

El cargo, pues, no se abre paso.

IV.- Cargo D.1 "Las condenas incluidas en el mismo punto 2 del numeral TERCERO, en cuanto se refieren a gastos o costos presuntamente causados después del 31 de agosto de 1985 son incompatibles con la decisión del Tribunal de aplicar la norma del segundo inciso del Artículo 2056 del Código Civil con la acogida de la pretensión b.3 de que se reembolsaran al Consorcio todos los costos y el valor del trabajo hecho".

El apoderado del Consorcio reitera, en relación con este cargo, que la causal 7a. no es vía idónea para alegar incompatibilidad entre una declaración contenida en la parte resolutive del laudo y una norma legal, ni para criticar la forma en que el Tribunal aplicó el artículo 2056 del C.C. y los razonamientos que le sirvieron de apoyo al Tribunal para proferir las decisiones que produjo.

SE CONSIDERA:

No comparte la Sala la objeción que el censor hace en este cargo al laudo, pues los árbitros llegaron a la conclusión, de acuerdo con lo alegado y probado en el proceso que culminó con él, de que no obstante haber terminado el contrato por la decisión de Carbocol en uso legítimo del poder que le otorgaba la cláusula 2.55, el Consorcio tuvo que continuar efectuando trabajos y realizando por consiguiente gastos, que según lo explicado constituyen costos reembolsables, según la propia literalidad de aquella estipulación negocial.

Esos costos están representados en "gastos generales de operación", "saldo no amortizado del anticipo", "costos de los bienes en arrendamiento" y "el arrendamiento financiero". (págs. 61 y 62 del laudo).

Al descontarse de ellos una parte correspondiente a costos del arrendamiento financiero, por el rendimiento que se le asignó al anticipo entregado por Carbocol, según se vio al despachar otro cargo examinado precedentemente, resulta claro que el saldo restante corresponde exactamente a costos de la obra, y por lo mismo quedan precisamente comprendidos en la pretensión b.3. y por ello, no puede predicarse incongruencias del laudo por este aspecto.

Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

V.- Cargo E.1. "Las diferentes condenas impuestas a CARBOCOL en los cinco puntos que forman parte del numeral TERCERO de la parte resolutive, son incongruentes ante la tesis expuesta por el Tribunal y que sirvió para indicar el motivo y determinar el sentido de las dos primeras declaraciones, de que debía aplicarse, en este caso, el precepto del artículo 295 6 del código Civil".

SE CONSIDERA:

Ya se dijo cómo el hecho de que el dueño de la obra (Carbocol en este caso) pudiera, en virtud de lo preceptuado por la cláusula 2.55, hacerla cesar, no significa que no deba reconocerle al Consorcio todos los costos incurridos por éste para la ejecución de la obra, sin que sea necesario hacer otras consideraciones

sobre el particular, pues en varios apartes de este fallo la Sala se ha ocupado del mismo tema.

No existe, pues, incongruencia alguna entre determinar que Carbocol podía y pudo legítimamente ponerle término al contrato y, al mismo tiempo que tuviera y tenga que pagar tales costos; y, esto fue lo que resolvieron los árbitros en virtud de la pretensión b.3. sometida a su decisión, sin que la Sala ahora pueda adentrarse en el aspecto sustancial o de fondo sobre el acierto o desacierto del laudo a este respecto.

No es admisible, por consiguiente, el cargo, por lo que no prospera.

VI.- Cargo FL. "Tampoco son compatibles con las condenas hechas en los puntos 2) y 3) del numeral TERCERO de la parte resolutive, el artículo 2056 del Código Civil y la pretensión b.3 en cuanto incluyen gastos o costos financieros que no corresponden al Consorcio sino a Domi".

En este cargo aparentemente podría tener razón el recurrente en cuanto a gastos y costos financieros que excedieron el 30% de lo pagado sobre préstamo para maquinaria que debió adquirirse con el valor del anticipo y, por consiguiente, estrictamente dicho exceso no podía computarse como costo; pero como quedó aclarado atrás. la rigidez de la técnica del recurso extraordinario de anulación le impide a la Sala introducir colectivos al laudo en cuanto atañe a la aplicación de normativas de carácter sustancial que condene soberamente las apreciaciones y aplicaciones hechas por el Tribunal.

No prospera el cargo.

VII.- Cargo G.1 "La decisión del Tribunal de condenar a CARBOCOL en el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive al pago de \$6.732.856.190. 00 por concepto de reparación del daño emergente, es contradictoria con las consideraciones que se hicieron en las páginas 66 y 67 del laudo sobre los costos financieros del anticipo pagado por CARBOCOL de US\$8.000.00.00":

El recurrente explica que "En la página 67, el Tribunal estimó que el valor del arrendamiento financiero por \$5.406.482.064.00 debía disminuirse el costo financiero del anticipo entregado por CARBOCOL, el cual calculó en un 38.26% o, en dinero, en la suma de \$2.066.131.150.00, pero a tiempo de efectuar la deducción respectiva, no restó esa última cantidad de la primera sino de la suma de \$8.798.987.340.00 que resulta de su indexación.

"De esta suerte, contradictoriamente, el Tribunal indexó una de las cantidades que servían de base para hacer la operación respectiva pero mantuvo el valor de la segunda, de manera que, por este aspecto y si se aceptara como válido el planteamiento del Tribunal en la parte motiva, el resultado habría sido diferente". (págs. 55 y 56 de la fundamentación del recurso).

La Sala no puede manejar el fenómeno por la vía de la contradicción, como quedó explicado al desatar el cargo D del capítulo VI de la primera parte y el cargo inmediatamente anterior, pues, existe imposibilidad legal para hacerlo, dado que al proceder de esa manera estaría asumiendo la función de juzgador de segunda instancia, lo cual le es posible. Por demás, al desatar el cargo E del Capítulo VI se dispuso corregir el laudo para descontar la indexación contenida en la condena impuesta por el subnumeral 2) del numeral TERCERO.

El cargo no prospera.

VIII.- Cargo H. 1 "Son contradictorias entre si las condenas impuestas en el punto 2), en cuanto allí se parte de que hasta el 31 de marzo de 1985 los gastos no reembolsados o pérdida experimentada por el Consorcio ascendían a \$392.512.591.00, con la del punto 4) del numeral TERCERO de la parte resolutive de pagar por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero \$212.618.750.00 cuyas indexaciones la elevan respectivamente, a \$613.816.153.00 y \$308.930.598.00

Para mejor entendimiento de este cargo, es necesario transcribir la fundamentación que a propósito da el recurrente, así:

"Dijeron los peritos financieros al dar respuesta a la pregunta 3.2 que les formuló el Consorcio, que entre los costos y gastos efectuados por este y los ingresos recibidos a CARBOCOL por ventas de carbón, desde la fecha de iniciación del contrato hasta el 31 de marzo de 1985, existía una diferencia de \$392.512.591.00, cifra en la cual los primeros superaban a los segundos y, luego, en su respuesta 3.8, corregida posteriormente en la adición conceptuaron que por la producción estimada de 625.000 toneladas en el período comprendido entre el 1º de abril y el 31 de agosto de 1985 habría obtenido una ganancia o utilidad de \$212.618.750.00".

"Salta a la vista que estas dos respuestas reflejadas, como he dicho, en los puntos 2) y 4) del numeral TERCERO, son contradictorias ya que si el tercer año minero terminaba el 31 de agosto de 1985, sólo entonces podía hacerse un balance de sus resultados en el cual, de la eventual utilidad obtenida en los últimos cinco meses, debía deducirse, ante todo, la pérdida que la explotación venía causando hasta el 31 de marzo de 1985".

"Como a los peritos no se les solicitó que hicieran este balance sino que, separadamente, calcularan la pérdida y la utilidad hipotética que ha descrito, es claro que correspondía al Tribunal efectuar el balance de estas dos partidas y no como lo hizo, incluirlas simultánea y contradictoriamente en su laudo.

"A ello se suma que entre los gastos de primer establecimiento señalados también por los Peritos Financieros e incluidos en la condena del punto 1) del numeral TERCERO, se relacionaron, según se ha visto, las cantidades de \$65.565.470.00 por concepto de arrendamiento de maquinaria y vehículos a Domi y \$105.211.487.17 por arrendamiento financiero a la misma Compañía, gastos todos ellos que, normalmente, no son diferibles y vendrían a incrementar la pérdida que registraba al 31 de marzo de 1985" (fls. 75 y 76, C. 1).

Para despachar el cargo, SE CONSIDERA:

Es cierto que los peritos - y el laudo lo aceptó - calcularon para el período comprendido entre la iniciación del contrato y el 31 de marzo de 1985 la cantidad de \$392.512.591.00 como gastos no reembolsados y esta cantidad resulta de tomar el total de egresos del período (\$4.054.988.164.00) y restarle ventas de carbón en el mismo lapso por \$3.662.475.573. (numeral 3, ord. 1).

También es cierto que el laudo reconoce como lucro cesante (que viene a ser la ganancia o provecho económico causado que dejó de reportar el Consorcio al no haber podido continuar desarrollando normalmente el objeto del contrato, pero aún

estando vigente, entre el 31 de marzo de 1985 y el 31 de agosto del mismo año) la suma de \$308.930.598.00 (Numeral 3, ord. 4).

La Sala al despachar el cargo B del capítulo VI aceptó que el aspecto denominado por el Tribunal "lucro cesante", en el subnumeral 4) del numeral TERCERO de la resolutive, en verdad reconoció un derecho adquirido durante la vida del contrato que dista mucho de las meras expectativas que tenía el Consorcio a partir del 1o de septiembre de 1985 hasta el 31 de agosto de 1990. Por ello la Sala no encuentra ningún tipo de contradicción planteada por el cargo, aunque sí recuerda que allá ordenó suprimir la indexación.

El cargo formulado en este sentido no puede prosperar.

IX.- Cargo I.1. "Por razones semejantes a las expuestas en el capítulo anterior, son contradictorias entre sí las condenas impuestas en los puntos 2) y 4) del numeral TERCERO, en cuanto la primera comprende el reembolso de los costos y gastos en el período del 1o de septiembre de 1985 al 31 de julio de 1987, calculados por los peritos, (sin tomar en cuenta el valor del saldo no amortizado del anticipo), en la cantidad de \$8.850.273.088.00 y la segunda incluye un lucro cesante que, por los 23 meses citados valdría \$1.504.775.000.00 (respuestas a las preguntas 3.4 del Consorcio y cuadro incorporado al final de la respuesta dada a la pregunta 6 de aclaraciones hecha por el suscrito, páginas 41 del dictamen original y 63 de las aclaraciones de los peritos financieros, acogidas por el Tribunal al proferir estas condenas).

SE CONSIDERA:

La censura que hace el recurrente consiste en que el laudo siguiendo el experticio de los peritos financieros, admitió o estuvo de acuerdo en que durante - el período señalado, los costos para el Consorcio tuvieron un valor total de \$9.866.456.485.00, en parte compensados con ingresos por \$3.609.795.359.00, recibidos por el mismo, y que procedieron de sumas reconocidas por Carbocol en acuerdo celebrado el 13 de marzo de 1987 (intereses, compra de maquinaria y reubicación de personal) y entonces, dice la posible utilidad que habría podido obtener el Consorcio, si se hubiera seguido ejecutando el contrato hasta el 31 de julio del 987, no podrían incluirse como ingresos los que provenían de la venta del equipo y de la reubicación del personal porque, obviamente, no habría tenido forma, en tales condiciones, de cumplir con sus obligaciones".

En este punto cabe llegar a la misma conclusión que se expuso en el anterior: al haberse justificado el subnumeral 4) de numeral TERCERO que es uno de los extremos de la supuesta contradicción en que se funda el cargo, este no tiene ya razón de ser, pues, resulta superfluo. Recuérdese que al despachar el cargo B del capítulo VI (pág. 49 y ss. de este fallo), la condena impuesta por concepto de "lucro cesante" bajo el subnumeral 4) del numeral TERCERO de la resolutive del laudo, ha quedado respaldada, aunque disminuida en el aspecto indexación.

Como ya ha reiterado la Sala en otros apartes de esta providencia, es obvio que si la obra se termina antes del plazo pactado, el Consorcio poco y nada podría hacer con la maquinaria que hubo de destinar a su ejecución, pero ello no quiere decir que no deba reconocérsela el valor invertido en ella, en lo no reembolsado, por el dueño de la obra, hasta el momento en que se vaya a efectuar el reconocimiento de su costo; esta es la consecuencia jurídico-económica derivada de lo querido por las partes al ajustar la cláusula 2.55, tantas veces invocada en el sub-lite.

Los errores que el recurrente endilga a los peritos, tanto en este cargo como en el precedente, acerca de la estimación de lucro cesante, que no es otro, vuelve a advertirse, que el concepto de lo qué hubiera podido ganar el Consorcio", no resultan procedentes dentro de la causal séptima del original artículo 672 del C. de P.C., en que se apoya el recurrente para formularlos, para alegar una pretensa contradicción entre el punto 2) del numeral TERCERO del laudo, que condena al pago de costos y el 4) del mismo numeral que condena al pago de lucro cesante. Son dos aspectos autónomos, distintos y compatibles.

No prospera, pues, el cargo.

X.- Cargo J.1 "La condena al pago de \$63.862.631.00 hecha en el punto 3) del numeral SEGUNDO, a título de reparación del daño emergente causado por razón de la vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato, es contradictoria con el numeral PRIMERO que reconoce la validez y la eficacia de la Cláusula 2,55 y contra la negativa a ordenar reembolso de los llamados gastos laborales causados en la misma época".

SE CONSIDERA:

El recurrente comete un error al hablar del punto 3) del numeral SEGUNDO, sin que esto sea óbice para despachar el cargo, pues, es claro que quiso referirlo al numeral TERCERO. Así se deduce claramente del contexto del mismo.

Para fundamentar su acusación alega el actor que " de acuerdo con el artículo 1605 del C.C.. la obligación de entregar una cosa, contiene como es lógico la de conservarla hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir" y que "el Consorcio se decía propietario del equipo que vendería CARBOCOL en el caso de que se aplicara la Cláusula 2.55 y tenedor, además, de las instalaciones de la mina que debía restituirla al finalizar el contrato. Entonces - concluye - es evidente que, de acuerdo con estas ideas elementales, tenía el Consorcio la obligación de conservar las puestas bajo su cuidado debiendo emplear la diligencia adecuada y haciéndose responsable de las pérdidas o deterioros que ellas experimenten, como lo hizo en el caso concreto de algunas máquinas que se encontraron averiadas cuando se realizó la diligencia de entrega".

Plasmado así el argumento, no rima dentro de la causal séptima, porque envuelve una acusación al laudo por no haberle dado aplicación al artículo 1605 del C.C., lo que no es de recibo. Ya se vio que la falta de aplicación de una preceptiva legal de alcance material o sustancial no puede manejarse, en el recurso de anulación, y, mucho menos por esta causal séptima.

El mismo recurrente en la fundamentación del cargo trata de encontrar contradicción entre el hecho de haber negado el laudo el reconocimiento de los costos laborales en que incurrió el Consorcio, por las demoras en obtener la autorización para licenciar el personal y la condena al pago por razón de la vigilancia. También aquí se está ante dos conceptos autónomos y distintos que admiten resoluciones diferentes.

Tampoco es admisible el cargo con base en este argumento, porque la pretendida contradicción estaría entonces montada no en el reconocimiento de la validez de la cláusula 2.55, que autorizaba expresamente a quien encargó la obra para ponerle fin en cualquier momento, sino entre unas razones dadas en la parte

motiva del laudo para reconocer unos costos de personal alegados pero sí unos costos de vigilancia.

La pretendida falta de congruencia entre la parte resolutive y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad de un laudo. La incongruencia ya se dijo, se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutive y se justifica, en tales casos, la reforma del laudo, porque de, mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas.

Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre las de ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se tome imposible presidir de la parte motiva.

En el sub-lite no se da contradicción entre el punto 3) del numeral TERCERO y el numeral PRIMERO, porque, permite apreciar que la facultad que da a quien ha contratado la ejecución de la obra, de ponerle fin en cualquier momento, antes del vencimiento del plazo, no significa que lo pueda hacer sin consecuencias económicas.

La cláusula citada, al mismo tiempo que le otorga el derecho de terminación le impone la obligación de pagar los costos allí enumerados, hasta el momento en que efectivamente termine el trabajo. Si las partes en un contrato de la especie indicada, expresamente pactan dicho poder no pueden pretender, por esa sola razón, escapar a las consecuencias que el uso de ella le acarrea.

De otra parte, tampoco puede predicarse incoherencia del hecho de condenar al pago de los costos en que incurrió el Consorcio no solo hasta cuando se hizo uso de la facultad de terminación y se le comunicó a aquel, sino hasta cuando Carbocol recibió efectivamente la obra, pues hasta ese momento estaba obligado el contratista.

No encuentra la Sala incompatible la razón que tuvo el laudo para no obligar a Carbocol a pagar los costos que le representó al Consorcio el no poder liquidar a sus trabajadores en la debida oportunidad, por no recibir autorización de las autoridades para su licenciamiento o despido colectivo, y la obligación de pagar en costo de vigilancia de la obra en el período que ocurrió entre la terminación del contrato y el recibo de la misma, pues mientras lo primero no era de cargo de Carbocol lo segundo si le correspondía.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

XI.- Cargo K. 1. "Las condenas en los puntos 4) y 5) del numeral TERCERO son contradictorias con los puntos 1) y 2) del mismo numeral, con la decisión tomada por el Tribunal respecto del mayor valor de los "trabajos relacionados " y con la afirmación, hecha por los peritos financieros y compartida tácticamente por el tribunal, de que el cálculo de la ganancia o provecho económico que había dejado de reportar el Consorcio a partir del 31 de marzo de 1985, consultaba como una de sus fuentes de información las declaraciones de renta de los años 1982, 1983 y 1984".

Al fundamentar este cargo el recurrente censura apreciaciones de la prueba periciaj, lo que no es de recibo en este recurso, pues, resulta mas propio de un alegato de instancia y, mas exactamente, de contradicción de dicha probanza. (art. 238 del C.P.C.).

Además, estima la Sala que las condenas a pagar "gastos de primer establecimiento" y "gastos no reembolsados" desde la iniciación de las obras y hasta el 31 de julio de 1987, y que constituyen reconocimiento del daño emergente (condenas a las que se refieren los puntos 1) y 2) del numeral TERCERO de la parte resolutive del laudo) no resultarían, por sí solas, contradictorias con las de pagar lucro cesante, o sea lo que hubiere podido ganar el Consorcio, (a lo que proveían los puntos 4) y 5) del mismo numeral, pues se trata de conceptos distintos, que no se oponen entre sí, como precedentemente se dejó explicado. Aún en el evento de mantenerse incólume todas las condenas impuestas por el laudo, no se presentaría entre ellas incompatibilidad por obedecer a conceptos autónomos y distintos.

El hecho de que la Sala, al examinar algunos de los cargos, formulados uno bajo el amparo de la causal séptima y otros bajo los términos de la causal octava, haya examinado la forma como se llegó en el Laudo a una determinada condena, no contradice lo dicho arriba acerca de la improcedencia de formular impugnaciones a la prueba pericial, o de formular alegatos propios de instancia, con ocasión del recurso de anulación, pues cuando se ha visto precisada a hacerlo ha sido por la necesidad de determinar si hubo o no un fallo ultra petita (causal octava), pero cuidándose de no convertirse en sentenciador de instancia, pues esto le está vedado dentro de los límites rigurosos del recurso extraordinario de anulación, los cuales, así como sus fines, se señalaron al inicio de la presente providencia.

Por último, como quedó evidenciado atrás, al prosperar el cargo B del capítulo VI (págs. 46 y ss. de este fallo) al corregirse el laudo para dejar sin valor ni efecto la condena que por "lucro cesante" había proveído en el numeral 5) del numeral TERCERO de la resolutive, el cargo que ahora se estudia queda eliminado por sustracción de materia en uno de los extremos de la denunciada contradicción.

No prospera el cargo.

XII.- Cargo L. I: Alega también el recurrente, que el laudo incurrió en errores aritméticos porque al calcular el lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, el Tribunal acogió la tesis de los Peritos Financiero acerca de que se llegaría a la explotación programada de 1.500.000 toneladas por lo cual pudieron afirmar que en el período comprendido entre el 1o de abril y el 31 de agosto de 1985 se habrían podido explotar por el Consorcio un total de 625.000 toneladas, cifra que se tomó como uno de los factores de cálculo del lucro cesante, multiplicándolo por la utilidad señalada en la explotación de cada tonelada. Anota, pues, que estas 625.000 toneladas hicieron parte de aquellas 1.500.000.

Agrega que el plan de minería para el tercer año revelaba que en los últimos cinco meses sólo se producirán 611.694 toneladas y que los certificados de producción muestran que a partir del mes de diciembre de 1984 la producción fue de 80.000 toneladas en diciembre, 92.000 en enero y 120.000 en febrero "advirtiéndose que en los dos últimos períodos se incluía la cantidad de toneladas que provengan de la recuperación del carbón destapado", por lo cual dice:

"No era cierto pues, que se hubiera cumplido el llamado régimen de marcha que implicaba la producción mensual de 125.000 toneladas, ni lo era tampoco que en dicho cálculo en que se adoptó el plan de emergencia, ni que el total previsto para los cinco meses fuera de 625.000 toneladas, todo lo cual condujo aun error aritmético, pues las cifras verdaderas son las siguientes:

"Producción total prevista en el plan de minería
para los últimos cinco meses 611.694 tn

"Carbón recuperado del destapado
entre el 1º de abril y el 31 de
agosto de 1985 377.000

"Carbón producido en el mes de
agosto de 1985 y pagado a tarifa
plena 18.000

"Total producción real en los cinco
meses 395.000 tn.

"Diferencia que equivaldría a la
hipotética producción no realizada
en los últimos 5 meses del tercer
año minero 216.000 tn.

"Si el anterior resultado se restara, como debería hacerse dentro de la hipótesis de los Peritos Financieros y del Tribunal, el déficit de producción registrado en los meses de diciembre, enero y febrero y que asciende a 83.000 toneladas, se revela aún mas claramente los errores aritméticos en que incurrió el Tribunal en estos cálculos". (fls. 87 a 89, C1)

Presentada así la acusación encuentra la Sala que no es procedente porque la causal 7a de anulación se refiere al caso de que la parte resolutive del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, y en dicha parte resolutive no existen tales errores como que no se está efectuando en ella una errónea operación aritmética, ni se está hablando de menos cuando era mas, ni se multiplica cuando debería dividirse o viceversa, ni existe equivocación alguna entre las expresiones numéricas y las literales. Dicho de otra manera, no contiene el laudo el llamado "error de cálculo".

Los supuestos errores aritméticos a que se refiere el recurrente, como fácilmente se deduce de la argumentación transcrita, aparte de no señalarse como contenido en la parte resolutive del laudo, son en realidad disparidades de concepto; constituyen apreciaciones hechas por el Tribunal quien retomó las formuladas por los Peritos Financieros acerca de cuál era la utilidad que hubiera podido tener el ejecutor de la obra y cuál el carbón que para tal efecto se habría podido producir, de no haber ocurrido la terminación anticipada del contrato por la decisión unilateral de quien encargó dicha obra. Esta clase de inexactitudes, si se llegaren a evidenciar, no pueden caer dentro de la órbita del error aritmético, contenido en la parte resolutive del Laudo, único con virtualidad para abrir el camino a su reforma por esta causal.

Tan evidente es que se trata de una disparidad de concepto y no de un error en que se hubiera incurrido al efectuar una operación aritmética, que en la formulación del cargo el propio recurrente habla de una contradicción entre los puntos 2), 4) y 5) del numeral TERCERO derivada de la aceptación por los árbitros de estar en presencia de un contrato de ejecución sucesiva, puesto que "si fuera a precio único y total, la liquidación de los costos y gastos y de las hipotéticas utilidades, no podría hacerse en la forma indicada...".

Pero, adicionalmente y siguiendo bajo la misma óptica que ha conducido a la Sala para rechazar los cargos anteriores, el que ahora se estudia también carece de razón por cuanto al haber prosperado el cargo B del capítulo VI (págs. 46 y ss. de éste fallo), en cuanto a la condena por "lucro cesante" del subnumeral 5) del numeral TERCERO de la resolutive del laudo, desapareció uno de los extremos de las supuestas contradicciones.

Conforme a lo expuesto, se desecha el cargo.

SECCION TERCERA. - Cargo basado en la causal 9a del original art. 672 del C.P.C.

Considera el recurrente, por último, que existió una cuestión sujeta al arbitramento que no resolvió el laudo y aun cuando no mencionó la causal en la que lo funda, es obvio que ella es la novena del original artículo 672 del C. de P.C., a saber: "Haberse omitido la resolución de cuestiones sujetas al arbitramento".

Según el impugnante, el Consorcio solicitó que el Tribunal decidiera "Si era o no procedente la deducción del saldo no amortizado, hecha por CARBOCOL del precio de la maquinaria".

El recurrente encuentra esta pretensión (acerca de la deducción del saldo no amortizado del anticipo), en el documento suscrito simultáneamente con el "Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria", el 13 de marzo de 1987, "en el cual, de manera específica, se manifestó que debería decidir el Tribunal" sobre la procedencia o improcedencia de dicha deducción.

Para el Tribunal, de acuerdo con la cláusula 2.55 del contrato que dio lugar a las diferencias que luego se llevaron a su decisión, Carbocol tenía derecho a que contra cualquier saldo que resultara debiendo se acreditaran cualesquiera sumas adecuadas por el Consorcio por anticipas, por lo cual, como era evidente que al terminarse el contrato existía un saldo no amortizado de los US\$8.000.000.00 del anticipo, éste "se hacía exigible para efectos de producir el pago por compensación, a que hubiera lugar, con lo que Carbocol pudiera quedar a deberle al Consorcio con causa en el contrato" y esto, "Precisamente, fue lo que se hizo en el acuerdo del 13 de marzo de 1987, de suerte que no tiene fundamento alguno la reclamación que con base en esas circunstancias alega el Consorcio". (págs. 111 y 112 del laudo).

Para despachar el cargo, SE CONSIDERA:

Es cierto que en el arreglo parcial de diferencias entre Carbocol y el consorcio, celebrado el 13 de marzo de 1987, se convino la compra por el primero, del equipo de minería por la suma de \$2.580.784.400.00 de cuyo valor se descontó la cantidad de \$1.016.183.397.00 correspondiente al saldo no amortizado del anticipo, por lo cual Carbocol sólo pagó al Consorcio el remanente de \$1.564.601.003.00.

En el citado acuerdo del 13 de marzo se dejó constancia expresa en el sentido de que las diferencias nacidas de la terminación del contrato "sobre los temas que específicamente se relacionaron en la Cláusula Primera" (compraventa del equipo de minería con deducción de las operaciones causadas hasta el 31 de agosto de 1985, los costos de reparación, de ciertos elementos del equipo auxiliar y el saldo no amortizado del equipo; compraventa de otros activos; diferencia de precio por mayor distancia y por mayor ratio; reconocimiento de una suma por reubicación de

personal; diferencia en la densidad del carbón y reconocimiento de pérdidas de carbón), que daban finiquitadas y que subsistían y se someterían al Tribunal de Arbitramento las relativas a la eficacia y validez de la cláusula 2.55, el reembolso o no de los costos financieros causados por los créditos contratados por el Consorcio para adquirir los equipos de minería y otros activos, el valor del carbón que quedó destapado en 31 de agosto de 1985, si era o no procedente "la deducción de la suma que, como anticipo, restó Carbocol" del valor de compra de la maquinaria y la deducción de los anticipos recibidos por el Consorcio para el pago de indemnizaciones por terminación de Contratos de Trabajo del personal y para el pago el Contrato de Celaduría, así como cualquier otro aspecto que el Consorcio considerara no resuelto.

De lo anterior resulta, entonces, que si bien en virtud de dicho convenio, el de 13 de marzo de 1987, del valor de compra de la maquinaria se restó el saldo no amortizado del equipo, La procedencia o no de esa deducción quedó referida a lo que sobre el particular decidiera el Tribunal de Arbitramento, el que, como se vio, en la parte motiva del laudo consideró que la deducción era correcta de acuerdo con la Cláusula 2.55 y que por consiguiente el Consorcio no tenía razón en su reclamación sobre este punto, la causal se negaba, como también negaba la relativa a concederle el pago de las indemnizaciones por terminación de contratos de trabajo, por lo cual hay que entender que lo expuesto en las motivaciones del laudo sobre estos puntos quedó incluido dentro del numeral CUARTO de la parte resolutive en donde se decidió denegar "las demás pretensiones del Consorcio OMI, PRODECO, AUXINI, a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987 ". Esta conclusión resulta evidente si se tiene en cuenta además que a lo largo del laudo no existe ninguna otra motivación al respecto.

Para la Sala no existe, entonces, la omisión de que se acusa al Laudo.

Sin embargo de lo anterior, el recurrente en nulidad del laudo, considera que cuando el Tribunal incluyó el saldo no amortizado del anticipo, entre los costos que debían reembolsarse al Consorcio de conformidad con la pretensión b.3 no solo incurrió en omisión sino también en una contradicción.

La alegada contradicción quedó ya examinada al despachar otro cargo, además de que no puede ser estudiada en relación con una acusación por la causal novena.

No prospera, pues, el cargo.

CAPITULO VI

OBSERVACIONES FINALES

Dentro de la función pedagógica judicial que han de cumplir esta clase de decisiones, la Sala no puede menos que llamar la atención sobre los siguientes aspectos:

1) Resulta criticable la conducta asumida por Carbocol, quien pese a tener a su favor la cláusula 2.55 que le permitía dar por terminado el contrato en forma unilateral, renunció prácticamente a su ejercicio y permitió que dicho extremo se

subsumiera dentro de lo que podía ser materia arbitral, en desarrollo de la cláusula Compromisoria distinguida con el No 2.67.

Debió Carbocol, mediante acto administrativo debidamente motivado, declarar la terminación del; contrato por razones de oportunidad, conveniencia u orden público y, en ese mismo acto, ordenar su liquidación dentro de los precisos marcos indicados en la cláusula 2.55. Liquidación que se había podido hacer de común acuerdo o en forma unilateral, en caso contrario.

Pero en todo caso, Carbocol no estaba facultado para renunciar al poder que le otorga esa cláusula 2.55. Su conducta permisivo, débil y ambigua propició que la controversia se llevara a otro campo, como si Carbocol no hubiera cumplido el contrato. No otro fue el alcance del laudo, el que confunde, en el fondo, una terminación por conveniencia con una situación de incumplimiento.

La terminación por conveniencia, según la jurisprudencia de esta Sala, era posible aún antes de la ley 19 de 1982 que la permitió expresamente. A este respecto, en sentencia de 11 de mayo de 1990 (proceso No 4217; Actor: Pedro Jiménez Vargas, Ponencia Dr. Carlos Betancur Jaramillo), se dijo:

"La terminación unilateral el contrato por parte de la administración ha correspondido siempre al poder exorbitante que la ley le otorga a ésta; terminación que puede adoptar en términos generales la fórmula de la caducidad, por causales preestablecidas; puede obedecer al hecho de haberse celebrado el contrato con violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades; y puede deberse a razones de conveniencia y orden público.

"El decreto 150 d e 1976 no contempla expresamente sino las dos primeras formas; vale decir, la caducidad y la terminación como sanción por violación del régimen de incompatibilidades.

"La terminación unilateral de un contrato por parte de la administración, como régimen de excepción que es, impone en principio, interpretación restrictiva y con sujeción a la ley.

"Pese a este y aunque nada haya dicho el citado decreto 150 sobre terminación por razones de conveniencia o de interés público, forma autorizada posteriormente por el artículo 19 de decreto 222 de 1983 en armonía con el artículo 8 de la ley 19 de 1982, la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado por virtud del rompimiento el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, aunque no mediara culpa ni incumplimiento de la administración". (Subraya ahora la Sala).

Pero la mayoría de los aspectos tratados son de fondo y no pueden reestudiarse dentro de los estrechos márgenes que permiten el recurso de anulación.

2) El contrato celebrado entre Carbocol y el consorcio es típicamente administrativo. Por eso mismo no puede entender la Sala cómo se decidió el litigio con base exclusivamente en el artículo 2056 del c.c. (contrato para la confección de una obra material), de limitados efectos y aplicable entre particulares para la ejecución de una obra (un vestido, una estatua, un cuadro, una carretilla, un coche de caballos, etc, etc.).

3) La exégesis de la cláusula 2.55 no permite reconocer el lucro cesante, propiamente dicho, máxime cuando la terminación se hizo por razones de conveniencia, pues así lo quisieron las partes al suscribir el negocio jurídico que la contiene.

4) La terminación por razones de oportunidad, conveniencia u orden público ha de tener, para la parte que ejerce ese poder exorbitante, diferencias sustanciales en cuanto a sus efectos, porque no es concebible que sean similares a los que nacen del incumplimiento.

Es apenas obvio que así sea; y, no se entiende, como parece desprenderse del laudo, que los efectos se hubieran asumido a los propios del incumplimiento.

5) Condenar al lucro cesante cuando el contrato se termina por las causas enunciadas es hacer nugatorio el ejercicio de ese poder exorbitante, porque, de esa forma, la administración tendría igualmente que reconocerle al contratista lo que dejó de ganar (consecuencia del incumplimiento); con lo cual se desnaturaliza la razón de conveniencia, de oportunidad o de orden público que le permite a la administración terminar, sin culpa de su parte, un contrato administrativo.

6) Resulta inexplicable que las pequeñas glosas que los árbitros le hacen al dictamen pericial no haya dado lugar a la tipificación de error grave, lo cual les habría permitido seguramente arribar a conclusiones diferentes. También resulta, inexplicable que en el fondo le hayan dado plena credibilidad a ese dictamen, el que probatoriamente deja mucho que desear en cuanto a fundamentación, firmeza y explicaciones. Estos defectos, tornan ineficaz la probanza y no resulta oponible ni al Juez ni a las partes, aún sin haber sido objetada por error grave.

Se observa que no se dan mayores razones para concederle el mérito probatorio que se requería; en otros términos, faltó ponderación razonada a las peritaciones y trabajos que mas bien parecen operaciones de auditoria antes que típicos experticios.

7) Tampoco se entiende porqué la liquidación del contrato no se hizo por Carbocol oportunamente y se permitió, en cierto sentido, que continuara su ejecución dos años más, con cambio de su objeto en buena parte y lo más grave, que todo se hubiera precipitado en vísperas de la caducidad de la acción contencioso administrativa con que hubiera tenido que vérselas el Consorcio para debatir ante esta jurisdicción la supuesta ilegalidad de la terminación anticipada y sus consecuencias económicas.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y FALLO

Habiendo encontrado próspero parcialmente los cargos que el impugnante distingue en su escrito de sustentación del recurso como 'Cargo B', del Capítulo VI, y "cargo C" del mismo Capítulo VI, corresponde a la Sala, en acatamiento de lo que dispone el penúltimo inciso del original artículo 672-8 del C. de P.C., ordenar la corrección del laudo acusado.

No habrá, de conformidad con el precitado inciso del original artículo 672 del Estatuto Procesal Civil, condenación en costas para ninguna de las partes, toda vez que algunos de los cargos endilgados se abrieron paso.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO.- NIEGASE la pretendida anulación del laudo arbitral de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre el consorcio integrado por las sociedades "Desarrollo de operaciones Minera, DOMI", "C.I. PRODECO Productos de Colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A." de una parte, y "Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL", de la otra parte.

SEGUNDO.- CORRIGESE el laudo arbitral de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre el Consorcio integrado por las sociedades "Desarrollo de operaciones mineras, DOMI", "C.I. PRODECO Productos de Colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A." de una parte, y "Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL", de la otra parte, como se precisa en las resoluciones siguientes:

TERCERO.- a) El subnumeral 1) del punto TERCERO de la parte resolutive del laudo arbitral de 4 de marzo de 1988, quedará así: Por concepto de reparación del daño emergente causados por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$302.059.894.00).

b) El subnumeral 2) del punto TERCERO del laudo quedará así:

Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$6.256.661.126.00).

c) El subnumeral 3) del punto TERCERO del laudo quedará así:

Por concepto de reparación del dato emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$58.850.333.00).

d) El subnumeral 4) del punto TERCERO del laudo quedará así:

Por concepto de indemnización del lucro cesante durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$234.375.000.00).

e) El subnumeral 5) del punto TERCERO del laudo quedará así: NIEGASE la indemnización a título de "lucro cesante" por el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato.

CUARTO.- NO SE CORRIGE NI ADICIONA en lo demás el laudo arbitral impugnado.

QUINTO.- SIN COSTAS, durante el recurso extraordinario de anulación.

SEXTO.- Expídase las copias, con destino a las parte y al Ministerio público, con las constancias de ejecutoria y en los términos del art. 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE y DEVUELVA al presidente del tribunal de arbitramento para lo de su cargo.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha 14 de mayo de 1992.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Presidente de la Sala

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JAIRO PARRA QUIJANO

JULIO CESAR URIBE ACOSTA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Secretaria.