

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ACLARACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, dado que este se presentó el 17 de abril de 2018 y la notificación del auto que resolvió la solicitud de aclaración del laudo arbitral presentada por la parte convocante se produjo el 7 de marzo de 2018.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 118 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 40

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NORMA PROCESAL APLICABLE / PROCESO ARBITRAL / ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

La Ley 1563 del 12 julio de 2012 es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto, razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento. (...) solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar auto del 6 de junio de 2013; Exp. 45922; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA FUNCIONAL / APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL / CONTROVERSIA CONTRACTUAL / CONTRATO ESTATAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ÚNICA INSTANCIA

La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 19 de noviembre de 2015, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación de conformidad con el numeral 7 y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación, y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas. Además, el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003– radicó en esta Sección la competencia para conocer de “los procesos de nulidad de los laudos arbitrales originados en contratos estatales”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 NUMERAL 7 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 PARÁGRAFO / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERAL 7 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTÍCULO 13 / ACUERDO 55 DE 2003 - ARTÍCULO 1

LA PREVISORA / SOCIEDAD FIDUCIARIA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA DEL NIVEL NACIONAL / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES

DEL MAGISTERIO / ENTIDAD VINCULADA AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

[L]a sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. es una sociedad de economía mixta, del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, autorizada por el Decreto 1547 de 1984 y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ahora bien, entre la Nación y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. se celebró el respectivo contrato de fiducia mercantil para la administración del patrimonio autónomo del Fomag.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1547 DE 1984

FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN PROCEDENDO / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN IUDICANDO - Improcedencia / FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RESTRICTIVIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EXCEPCIONALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores in procedendo, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores in iudicando. Ello significa que no le es dable al juez del laudo, examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006; Exp. 32871; C.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 26 de marzo de 2008; Exp. 34071, de 13 de agosto de 2008; Exp. 34594; C.P. Myriam Guerrero de Escobar y de 25 de agosto de 2011; Exp. 38379; C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CORRECCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / ADICIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ Sobre causales no invocadas en el recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral / DEBERES DEL JUEZ

Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho

recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 4 de agosto de 1994; Exp. 6550, de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, C.P. Juan de Dios Montes, de 25 de agosto de 2011; Exp. 38379; C.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 4 de diciembre de 2006; Exp. 32871; C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 25 de agosto de 2011; Exp. 38379; C.P. Hernán Andrade Rincón.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ARBITRAL / PRINCIPIO DISPOSITIVO / LIMITES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa, las cuales deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–. (...) la jurisprudencia constitucional ha recalcado las características del proceso arbitral, su sujeción al principio dispositivo y las limitaciones del recurso extraordinario de anulación contra el laudo que lo resuelve.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 15 de mayo de 1992; Exp. 5326, de 25 de agosto de 2011; Exp. 38379; C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de la Corte Constitucional, sentencia T-714 del 17 de octubre de 2013.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / FINALIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / FACULTADES DEL JUEZ / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

[L]a causal de anulación aducida por la parte recurrente fue la de caducidad de la acción, prevista en el artículo 41, numeral 2 de la Ley 1563 de 2012. El presupuesto procesal de la caducidad se refiere al límite de tiempo que el ordenamiento impone para ejercer el derecho de acción, con miras a salvaguardar, entre otros, el principio de seguridad jurídica. (...) La jurisprudencia, por su parte, ha recalcado el carácter concluyente, imperativo e improrrogable de la caducidad, a tal punto que, probada su ocurrencia, debe ser declarada por el juez de la causa, aún de oficio. (...) la causal concreta de anulación consistente en

la “caducidad de la acción”, prevista en la norma en cita, se refiere a la ocurrencia de ese fenómeno en el proceso de arbitramento, vale decir, prevé la anulación del laudo cuando este contenga decisiones de fondo sobre la controversia, pese a haber operado la caducidad en el asunto decidido.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 20 de febrero de 2008; Exp. 16207; C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 30 de agosto de 2006; Exp. 15323; C.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 12 de mayo de 2016; Exp. 38886; C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y del 10 de marzo de 2017; Exp. 42416; C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DEBERES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / LAUDO ARBITRAL / DEMANDA ARBITRAL / DEMANDA ARBITRAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL / EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN PROCESO ARBITRAL

[A]nte la invocación –y debida sustentación- de la causal consistente en la caducidad de la acción, la labor que le concierne al juez del recurso no es otra distinta a la de verificar que la demanda arbitral haya sido interpuesta oportunamente, dentro del término previsto en las normas procesales que establecen los plazos para acudir a la administración de justicia; y de llegar a constatar que la demanda fue extemporánea, deberá declarar la prosperidad de la causal invocada. No obstante, a tal ejercicio solo se llega cuando la caducidad, habiendo ocurrido, no fue declarada en el laudo arbitral por haberse adoptado en este, decisiones de fondo sobre las pretensiones de la parte convocante. En el caso contrario, es decir, cuando el tribunal de arbitramento examina la oportunidad de la demanda arbitral y determina la ocurrencia de la caducidad declarándolo así en el laudo, se torna inoperante la causal segunda de anulación de la providencia, puesto que es imposible señalar que la misma adolezca de vicio por resolver de fondo una demanda caducada.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Proceden cuando el laudo resolvió de fondo la controversia contractual / INMUTABILIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / COSA JUZGADA /

[L]a causal de anulación referente al fenómeno de la caducidad solo puede alegarse cuando en el laudo se haya resuelto la controversia de fondo, pese a la extemporaneidad de la demanda; pues el evento contrario, esto es, la declaratoria de la caducidad en el laudo cuando se considera que la demanda fue oportuna, no constituye causal de anulación. En efecto, toda vez que el laudo arbitral ostenta los mismos atributos de la sentencia, tales como la inmutabilidad y los efectos de cosa juzgada, la decisión que pone fin al proceso de arbitramento no puede ser cuestionada por otra autoridad, sino a través de los mecanismos previstos por el legislador y por los específicos y precisos motivos que este haya establecido expresamente.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 9 de julio de 2014; Exp. 49812; C.P. Enrique Gil Botero.

NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /

FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Infundado

[L]as causales de anulación del laudo arbitral no pueden interpretarse en el sentido de extender sus efectos a eventos no contenidos en ellas, pues son de carácter taxativo, ya que constituyen una tipificación de los supuestos concretos que dan lugar, precisamente, a que se establezca la nulidad o invalidez de la decisión. Extender los supuestos de las causales de anulación de los laudos arbitrales a eventos no contemplados expresamente en la ley, equivaldría a vulnerarla y a desconocer el carácter extraordinario y excepcional del mecanismo de impugnación, así como la naturaleza dispositiva del proceso arbitral, además de incurrir el juez del recurso, en una indebida extralimitación de sus poderes. (...) el laudo arbitral no puede ser declarado nulo por el juez del recurso, si la nulidad aducida no está tipificada taxativamente en la ley. En esa medida, no hay lugar a declarar próspera la causal de anulación referente a la caducidad de la acción, cuando esta ya ha sido declarada en el laudo arbitral.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencias de la Corte Constitucional, T-136 del 20 de febrero de 2003, T-714 de 2013 y SU-173 de 2015.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CONTROVERSIA CONTRACTUAL / PROCESO DE ARBITRAMIENTO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ - Sobre asuntos de fondo de la controversia contractual / LAUDO ARBITRAL - Declaró la caducidad de la acción

[E]l censor pretendió invocar una causal de anulación no prevista en el ordenamiento –es decir, en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-, pues lo que cuestionó no fue la ocurrencia de la caducidad de la acción –presupuesto claramente delimitado en la causal segunda de la indicada norma-, sino el hecho de que se hubiera declarado la misma en el laudo arbitral, situación esta que no se encuentra establecida en la normativa aplicable, como causal de nulidad del fallo proferido en el proceso de arbitramento. (...) la parte convocante reprocha los planteamientos jurídicos y la hermenéutica adoptada por el tribunal frente a aspectos tales como el régimen legal del contrato, las normas relativas a su liquidación, las prerrogativas de la administración y las potestades excepcionales, todo ello relacionado con el fondo de la controversia y ajeno, por tanto, a la competencia del juez del recurso de anulación.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ / EXCEPCIONALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Toda vez que la declaratoria de caducidad de la acción por parte de los árbitros no está prevista en la ley como causal de anulación de los laudos arbitrales, no es posible invocarla en sede de recurso, mucho menos con el fin de que se enjuicien y se modifiquen los razonamientos jurídicos que el tribunal de arbitramento haya esbozado para fundamentar su decisión puesto que, como ya se anotó, el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral es de carácter excepcional y solo procede por los errores in procedendo que encuadren en las causales taxativamente señaladas por el legislador, en tanto que al juez le está vedado pronunciarse sobre el fondo del asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42

CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / COMPETENCIA DEL JUEZ / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / INEPTITUD DEL CARGO FORMULADO - Interpretación errónea de la finalidad de la causal de anulación invocada

[L]a exigencia impuesta en la misma ley, de sustentar debidamente la causal invocada, implica que no basta con que el recurrente aduzca o enuncie de manera formal cualquiera de las causales establecidas en la norma, sino que explique de manera razonada y fundada la manera como en el laudo se configuró el vicio tipificado por la ley, vale decir, la ocurrencia de los hechos que lo estructuran. De esta manera, resulta imperativo que la sustentación guarde plena correspondencia con la naturaleza y el supuesto de hecho de la causal de anulación que se ha invocado, y que no se pretenda confundir con el evento contrario ni con otras causales no invocadas, so pena de imposibilitar cualquier análisis por parte de la autoridad judicial llamada a resolver el recurso interpuesto. En el caso sub judice, el cargo de nulidad que formuló el recurrente adolece de ineptitud, por cuanto no se refirió a una verdadera configuración de la causal señalada en la norma –es decir, la ocurrencia del fenómeno de la caducidad y su desconocimiento en el laudo arbitral-, sino al evento contrario, esto es, la declaratoria de caducidad pese a considerar, el recurrente, que la misma no había tenido lugar

NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NEGACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN PROCEDENDO / COMPETENCIA DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

[L]a causal invocada por el recurrente carece de vocación para prosperar, puesto que el supuesto configurativo de la misma no fue sustentado en el recurso, mientras que sí se plasmaron en él argumentos que no corresponden a ninguno de los vicios que la ley tipifica como invalidantes del laudo arbitral. (...) no hay lugar a acoger el recurso de anulación ni a declararlo fundado, más cuando la censura se encaminó a modificar o enmendar las interpretaciones que el tribunal arbitral efectuó con base en las pruebas del proceso y en disposiciones del ordenamiento jurídico.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 31 de mayo de 2019; Exp. 62086; C.P. Nicolás Yepes Corrales.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Infundado / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / COSTAS PROCESALES / AGENCIAS EN DERECHO / NORMA APLICABLE / CONFLICTO DE NORMAS / FACULTADES DEL JUEZ / INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación “se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”. No obstante lo señalado en las indicadas disposiciones, debe tenerse en cuenta que, respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 366 del Código General del

Proceso (Ley 1564 de 2012) estableció que “el secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla”. Frente a esta disparidad de regulaciones normativas sobre un mismo aspecto esto es, el relativo a las cosas en el recurso de anulación de laudo arbitral, la jurisprudencia ha indicado que tales casos de incompatibilidad deben solucionarse estableciendo la prelación entre las dos normas contradictorias, en los términos del artículo 5 de la Ley 57 de 1887.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43 INCISO 5 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 366 NUMERAL 1 / LEY 57 DE 1887 - ARTÍCULO 5

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto consultar sentencia del 26 de abril de 2018; Exp. 58120; C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Infundado / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / COSTAS PROCESALES / AGENCIAS EN DERECHO / NORMA APLICABLE / LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES

[H]abrá de darse aplicación al artículo 366, numeral 1 del Código General del Proceso (...) en virtud de lo cual se dispondrá que, por Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, se proceda a liquidación de las costas causadas en el presente proceso. Por otro lado –aunque también para efectos de la liquidación de las costas-, la Sala procederá a fijar las agencias en derecho, las cuales deben establecerse de conformidad con la naturaleza, la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora –aquí, la parte convocada frente al respectivo recurso. Igualmente, la fijación de las agencias en derecho debe establecerse teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 5, numeral 9, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 -proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- norma que señala como tarifa aplicable por concepto de agencias en derecho, para el trámite de los recursos extraordinarios, entre 1 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00074-00(61579)

Actor: CLÍNICA LAS PEÑITAS S.A.S. Y OTRO

Demandado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN – características generales y naturaleza / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – La causal opera cuando en el laudo se resuelve la controversia de fondo, a pesar de la extemporaneidad de la demanda – No se configura en la situación inversa / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO – Interpretación restrictiva – Principio de taxatividad – No se extienden a hechos no contenidos en el supuesto de la norma

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo proferido el 27 de febrero de 2018 –cuya aclaración fue denegada el 7 de marzo del mismo año- por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre los miembros de la Unión Temporal del Norte – Clínica Las Peñitas S.A.S. y Organización Clínica General del Norte S.A., en adelante, la parte convocante– y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag– y en el que se declaró la ocurrencia del fenómeno de la caducidad.

SÍNTESIS DEL CASO

En el Acuerdo N° 02 del 4 de junio de 2008, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag- modificó los lineamientos para la contratación de servicios de salud para el magisterio y cambió la Unidad de Pago por Grupo Familiar por la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio –UPCM-, figura en la que se les reconoció a los contratistas un *“plus porcentual”* en la capitación, del 48.32%.

El 10 de julio de 2008, Fiduprevisora S.A. -como administradora de los recursos del Fomag- abrió la Convocatoria Pública de Selección Abreviada N° 001, para contratar los servicios de salud que se les debía prestar a los afiliados al Fondo y a sus beneficiarios. La Unión Temporal del Norte – Bogotá, de la cual hicieron parte las sociedades convocantes, participó en ese proceso de selección.

En el pliego de condiciones de la mencionada convocatoria se previó que la prestación de los servicios se efectuaría *“bajo la modalidad de capitación para los cuatro niveles de complejidad”* y se precisó que la UPCM, establecida por el Consejo Directivo del Fomag, correspondía a la UPC del régimen contributivo más un *“plus porcentual”* fijo de la UPC promedio del Magisterio, que cubría los aspectos inherentes al régimen de excepción, el cual se calculó en 48,32%.

Por otro lado, el artículo 1.4 del pliego de condiciones, relativo a la distribución de los riesgos, de terminó que, *“en el evento en que técnicamente se presente de manera integral una insuficiencia del [UPCM] para atender la demanda de los servicios”*, el riesgo económico surgido por esa circunstancia debía ser asumido

por el Fomag. Esta disposición fue mantenida en los Adendos 1 y 4 de la convocatoria.

El 31 de diciembre de 2008, la Unión Temporal del Norte-Bogotá y Fiduprevisora S.A., como administradora del Fomag, celebraron el contrato N° N° 1122-15-08, por un valor de \$26.855'061.731, suma que resultaba de multiplicar el número de usuarios del contratista por el valor de la UPC del régimen contributivo, más el 48.32% del valor promedio de la UPC del Magisterio.

Durante la ejecución del negocio jurídico comenzó a evidenciarse la insuficiencia de la UPCM, a tal punto que el Consejo Directivo del Fomag autorizó a Fiduprevisora S.A. para contratar un estudio que determinara su magnitud.

Los resultados del respectivo estudio revelaron que, para el año 2009, la Unión Temporal Norte – Bogotá registraba una insuficiencia de UPCM del 13.74%. Igualmente arrojó proyecciones desventajosas respecto del año 2010.

El Consejo Directivo del Fomag ignoró las conclusiones del estudio y, en sesión del 3 de septiembre de 2010, dispuso no adoptar medidas, aduciendo varias razones que, para la parte convocante, carecían de sustento y de justificación.

Según la parte convocante, las omisiones del Fomag generaron un desequilibrio económico del contrato e infringieron el artículo 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, que obligaba a adoptar medidas de restablecimiento en el menor tiempo posible.

El asunto fue sometido a proceso de arbitramento y resuelto por el respectivo tribunal, mediante laudo de fecha 27 de febrero de 2018, el cual es objeto del presente recurso extraordinario de anulación.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 31 de diciembre de 2008, la sociedad Fiduciaria La Previsora, como vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, celebró con la unión temporal Norte – Bogotá (de la cual fueron miembros las sociedades hoy demandantes) el contrato N° 1122-15-08, cuyo objeto consistió en garantizar la *“prestación de los servicios médico asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados (...), y sus beneficiarios”*. En lo

relativo a la solución de controversias, las partes pactaron en la cláusula vigésima tercera, lo siguiente (fl. 93, c. pruebas 1):

Solución de controversias. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del presente contrato, buscarán, en primer término, una solución directa mediante la conciliación, la amigable composición o la transacción, dentro de los treinta 30 (30) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra.

Si en dicho término no fuere posible un arreglo a sus diferencias, las partes convienen que las diferencias que surjan entre ellas, con relación a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento. El tribunal se sujetará a lo dispuesto en la legislación vigente, será de carácter legal y emitirá su laudo en derecho.

En todo caso, habrá lugar al recurso de anulación previsto en la ley. Así mismo, el tribunal deberá sujetarse a las siguientes reglas:

En el evento en que el convocante sea el contratista, no podrá, bajo ninguna circunstancia, ante ninguna jurisdicción, en ningún proceso o actuación de carácter administrativo o judicial o tribunal de arbitramento, vincular a la Fiduciaria La Previsora S.A.

El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. En caso de no ser posible, serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la lista que tenga para el efecto.

El tribunal tendrá como domicilio y sesionará en la ciudad de Bogotá, D.C.

El tribunal fallará en derecho y su decisión será definitiva y obligatoria para las partes y por ende será exigible ante cualquier juez o tribunal competente (...).

1.2. La demanda

Mediante escrito del 19 de noviembre de 2015, las sociedades Organización Clínica General del Norte S.A. y Clínica Las Peñitas S.A.S., por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda arbitral de carácter contractual contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado y representado por la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., con el fin de que se acogieran las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare que durante la ejecución del contrato para la prestación de servicios médico – asistenciales N° 1122-15-08 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora S.A. y la unión temporal del Norte-Bogotá (...) se presentó insuficiencia integral en el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM), es decir, los ingresos por este concepto fueron inferiores a los costos incurridos por las demandantes, necesarios para atender y financiar el Plan de Atención en Salud del Magisterio o Plan de Beneficios, pactado en dicho contrato, insuficiencia que se presentó en los años 2009, 2010, 2011 y hasta abril 30 de 2012, fecha de terminación del contrato, conforme a lo que resulte probado en el proceso.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de insuficiencia integral [d]el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM) (...), el tribunal declare que en el contrato N° 1122-15-08 (...) se generó desequilibrio económico del contrato que afectó a las personas jurídicas demandantes.

TERCERA: Que se declare que la Nación–Fondo [Nacional] de Prestaciones Sociales del Magisterio (...) incumplió el contrato 1122-15-08 (...), por cuanto el desequilibrio económico-financiero del citado contrato fue causado, además, por el incumplimiento de dicho ente estatal de las estipulaciones previstas en el pliego de condiciones de la Convocatoria Pública – Selección Abreviada N° 001 de 2008 y el contrato 1122-15-08, como también de lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 4747 de 2007, acción u omisión antijurídica que afectó patrimonialmente a las personas jurídicas demandantes en este proceso (...).

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene por concepto de daño emergente (artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993) al ente demandado a restablecer la ecuación económica y financiera surgida al momento del nacimiento del contrato para la prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-15-08 (...), mediante el pago a favor de la demandante de la suma estimada de dieciocho mil quinientos cincuenta y cinco millones veintiún mil novecientos treinta y un mil pesos (\$18.555'021.931) o a una suma superior, que corresponde a las pérdidas sufridas y las utilidades dejadas de percibir por las personas jurídicas convocantes durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta abril 30 de 2012 (...).

QUINTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la entidad demandada, al pago de los perjuicios sufridos por las personas jurídicas demandantes, así: a) Mediante el pago de los intereses legales de mora, calculados desde la fecha en que debió reconocerse y pagarse la suma o sumas a que se refiere la pretensión cuarta, hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral, [y] b) a la actualización o indemnización correspondiente (...).

Como fundamento de sus pretensiones, la parte convocante expuso, en síntesis, que la Unión Temporal del Norte – Bogotá fue integrada por las personas jurídicas demandantes y por la Sociedad Médica Ltda., la cual cedió su participación a la Clínica Las Peñitas S.A.S., el 22 de febrero de 2011.

La indicada unión temporal –adujo- participó en la Convocatoria Pública – Selección Abreviada N° 001 del 10 de julio de 2008, abierta por Fiduprevisora S.A. como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, para la contratación de los servicios de salud que se les debía prestar a los afiliados al Fondo y a sus beneficiarios.

Relató que el pliego de condiciones de la mencionada convocatoria pública fue aprobado por el Consejo Directivo del Fomag, y en el mismo se previó que la prestación de los servicios se efectuaría “*bajo la modalidad de capitación para los cuatro niveles de complejidad*” e implicaría la obligación de garantizar “*la prestación integral del plan de atención de salud del Magisterio*”, conformado por los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los establecidos en el Plan de Atención Complementaria del Magisterio –PACM-.

Adujo que, con antelación a la convocatoria pública, el Consejo Directivo del Fomag expidió el Acuerdo N° 02 del 4 de junio de 2008, mediante el cual modificó los lineamientos para la contratación de servicios de salud para el magisterio. En ese instrumento, el organismo mantuvo la atención integral establecida en el plan

fijado para el magisterio, pero introdujo algunas modificaciones relevantes, entre estas, la del sistema de pago de la Unidad de Pago por Grupo Familiar, que se cambió por la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio figura en la que se les reconoció a los contratistas un *“plus porcentual”* en la capitación, del 48.32%.

Según la demanda, el artículo 2.13 de los pliegos de condiciones de la Convocatoria Pública N° 001 de 2008 estableció que el pago por capitación consistiría en el reconocimiento de una suma fija por cada persona con derecho a ser atendida, monto que estaría constituido por la UPCM, previamente establecida, y definida en el mismo pliego como aquella correspondiente a la UPC del régimen contributivo por los grupos etarios y las zonas geográficas, *“a la que se le adiciona un plus porcentual fijo de la UPC promedio del Magisterio, que cubre aquellos aspectos que son inherentes al régimen de excepción, el cual se calculó en 48,32%”*.

A su vez –adujo-, el artículo 1.4 del pliego de condiciones estableció lo relativo a la distribución de los riesgos. En cuanto a la UPCM, determinó que, *“en el evento en que técnicamente se presente de manera integral una insuficiencia del mismo para atender la demanda de los servicios”*, el riesgo económico derivado de tal situación debía ser asumido por el Fomag. Esta disposición fue mantenida, en esencia, en el Adendo N° 1, expedido el 18 de julio de 2008, mientras que en el Adendo N° 4, se precisó que *“la integralidad de la UPCM se predica de todas sus variables y de los ítems que la componen”* (fl. 15, c. ppal 1).

Señaló que la obligación del Fomag, de asumir el riesgo derivado de la insuficiencia integral de la UPCM, también tenía su origen en el Decreto 4747 de 2007, expedido en desarrollo de la Ley 1122 de 2007 y aplicable al Fomag por ser responsable del pago de los servicios de salud, de acuerdo con su artículo 1.

Dicho decreto –sostuvo-, estableció las condiciones mínimas que se debían incluir en los contratos celebrados para la prestación de los servicios de salud mediante el mecanismo de pago por capitación y dispuso, en el párrafo 2 del artículo 7, que tal mecanismo de pago no generaba, en ningún caso, la transferencia de las obligaciones propias del aseguramiento a cargo exclusivo de las entidades responsables de cubrir el riesgo en salud, el cual, a su vez, incluía el riesgo de la capitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Afirmó que, de acuerdo con las condiciones de la convocatoria pública, una vez superada la fase de evaluación, los docentes afiliados al Fomag tendrían el derecho de escoger, entre los oferentes elegibles, al contratista que le prestaría

los servicios de salud. A su vez, el proponente escogido podía decidir si aceptaba o no la adjudicación del contrato. Para ello, los participantes tuvieron en cuenta lo dispuesto en el numeral 1.4 del pliego de condiciones sobre la distribución de los riesgos, particularmente, el derivado de la eventual insuficiencia integral de la UPCM.

El 31 de diciembre de 2008, la Unión Temporal del Norte-Bogotá y Fiduprevisora S.A., como administradora del Fomag, celebraron el contrato N° N° 1122-15-08, por el término de dos años y por un valor de \$26.855'061.731, suma que, de acuerdo con la cláusula séptima, resultaba de multiplicar el número de usuarios determinado a través del procedimiento de libre elección, por el valor de la UPC del régimen contributivo más el 48.32% del valor promedio de la UPC del Magisterio. Asimismo, se dispuso en el contrato que esa ecuación se ajustaría, para los pagos mensuales, en los porcentajes que se tuvieran establecidos para cada región y contratista, con base en lo señalado en el pliego de condiciones.

Refirió la convocante el contenido de la cláusula octava del contrato, en cuanto estableció que los pagos al contratista se efectuarían por mes vencido, con base en la liquidación mensual del número de afiliados inscritos y la UPCM vigente. En concordancia con ello, la cláusula séptima, párrafo segundo, señaló que la adición porcentual del 48.32% para la UPCM incluía los porcentajes de servicios de carnetización, manual del usuario, call center, sistema de información y otros servicios administrativos. Sin embargo, en ese porcentaje no se incluían los gastos administrativos generales requeridos para la prestación del servicio de salud.

Indicó que solo durante la ejecución del contrato comenzó a evidenciarse la insuficiencia de la UPCM. La situación –según sus palabras- no fue ajena a la entidad contratante, puesto que el Consejo Directivo del Fomag autorizó a Fiduprevisora S.A. para contratar un estudio que determinara tal insuficiencia, con el fin de soportar la toma de decisiones correspondientes. Esta circunstancia generó la expectativa de la contratista y de todos los prestadores, sobre el resultado del estudio, que debía culminar en 2010.

La contratación del indicado estudio se adelantó con la firma Consultores Profesionales y Actuariales Ltda., mediante el contrato N° 1122-07-2009 del 1 de diciembre de 2009. Los resultados de la investigación revelaron que la Unión Temporal Norte – Bogotá registraba una insuficiencia de UPCM del 13.74% para el año 2009, y que para 2010, el crecimiento de la UPCM debía ser del 17.89%.

Inexplicablemente –sostuvo-, el Consejo Directivo del Fomag ignoró las conclusiones del estudio puesto que, en sesión del 3 de septiembre de 2010, señaló de manera general que la información aportada por los prestadores no era de calidad por ser insuficiente, incompleta e imprecisa, circunstancia que en el caso particular de la contratista, no se ajustaba a la verdad, puesto que la unión temporal entregó oportunamente la información prevista en el contrato, sin observaciones, reparos ni requerimientos por parte de Fiduprevisora S.A.

Manifestó que, en la misma sesión, el organismo directivo también estimó que el período del estudio –año 2009- era insuficiente para determinar las zonas especiales y la UPCM. Así, era claro que el estudio de suficiencia de la UPCM debía ser anual, como ocurría en el marco general del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues en efecto, en él se hacían estudios anuales para determinar el incremento de la UPC en ambos regímenes.

Después de refutar otras conclusiones del Consejo Directivo del Fomag, la parte convocante señaló que los aspectos referentes a la información presentada y los documentos solicitados por los miembros de ese órgano, no le eran aplicables a la Unión Temporal del Norte – Bogotá, ni justificaban una demora de nueve meses para la respectiva toma de decisión.

Según lo expuso, las omisiones del Fomag generaron un desequilibrio económico del contrato e infringieron el artículo 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, que obligaba a adoptar medidas de restablecimiento en el menor tiempo posible.

En todo caso –agregó-, durante la sesión del Consejo Directivo, uno de sus miembros y la ministra de la cartera de Educación señalaron que el estudio de insuficiencia de la UPCM solo debería ser tenido en cuenta a partir de la fecha de su aprobación y no ser retroactivo, con lo cual se puso de manifiesto que la intención del Consejo Directivo era no ajustar en ningún momento dicha unidad, lo cual infringía lo estipulado en el pliego de condiciones y en el contrato. Aunque esa postura no fue tomada en el acta como decisión final, sí se mantuvo a lo largo del contrato y hasta la fecha de su liquidación.

Señaló que, el 14 de marzo de 2011, la Unión Temporal del Norte – Bogotá solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y reclamó lo relativo a la insuficiencia de la UPCM. No obstante, la entidad contratante se abstuvo de dar respuesta a tal reclamación. Entre tanto, la contratista cumplió con todas las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades.

Finalmente, indicó que el contrato N° 1122-15-08 terminó el 30 de abril de 2012 sin que el Fomag modificara la UPCM, salvo en los ajustes anuales por

modificación de la UPC, y que fue liquidado por mutuo acuerdo entre las partes, dejándose a salvo la posibilidad de que estas presentaran reclamaciones, posteriormente, por las diferencias que se presentaran respecto de los datos plasmados en el acta o sobrevinientes a su firma.

1.3. La contestación de la demanda

La entidad convocada, Fiduciaria La Previsora –Fiduprevisora S.A., como administradora del patrimonio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó como ciertos algunos hechos, aunque con algunas precisiones, y desestimó otros.

Propuso la excepción de *“ausencia de facultades dispositivas del representante legal de Clínica Las Peñitas S.A.S.”*, por cuanto el certificado de existencia y representación legal respectivo establecía que su gerente debía contar con la autorización de la Junta Directiva cuando el acto excediera de 400 s.m.l.m.v., circunstancia que se cumplía en el caso concreto, cuya cuantía ascendía a los \$18.555021.931.

Formuló, igualmente, la excepción de *“carencia de legitimación por activa de los demandantes”*, puesto que no comparecieron al proceso arbitral todos los miembros de la Unión Temporal del Norte – Bogotá. En este punto, desestimó la eficacia de la cesión de derechos efectuada por la Sociedad Médica Ltda. a favor de la Clínica Las Peñitas S.A.S., por no haber sido autorizada por el Consejo Directivo del Fomag ni tener concepto favorable de ese órgano. Adicionalmente, recalcó que la unión temporal contratista también estaba integrada por la Clínica de Occidente S.A., sobre la cual se guardó silencio en la demanda.

La tercera excepción propuesta por la parte convocada se denominó *“ausencia de requisito de procedibilidad y limitación de la pretensión derivada del acto propio en el acta de liquidación bilateral”*. Al respecto señaló que, al momento de liquidar por mutuo acuerdo el contrato materia de controversia, la unión temporal contratista dejó salvedad expresa sobre la posibilidad de reclamar, entre otros aspectos, por el desequilibrio económico del contrato, únicamente hasta por la suma de \$12.000'000.000, de suerte que a esa cantidad habría de limitarse, en principio, la pretensión respectiva. Más aún –agregó-, la demanda solo fue instaurada por dos de los cuatro integrantes de la unión temporal, de suerte que, atendiendo al margen de participación acordado frente a cada uno de los miembros, las sociedades demandantes solo estarían habilitadas para reclamar el 80% del valor fijado en la salvedad del acta de liquidación, esto es, \$9.600'000.000 y no las cantidades solicitadas en la demanda.

La defensa también propuso la excepción de “*violación a los principios de buena fe y lealtad en la ejecución del contrato*”, en cuanto resultaba reprochable, en su sentir, que pese a haber advertido que desde el inicio del contrato se presentaba la insuficiencia de la UCPM, la contratista decidió continuar ejecutándolo para solo reclamar las compensaciones económicas varios años más tarde, incluso después de haber suscrito, según su dicho, tres prórrogas del contrato. Agregó que los incrementos del valor del negocio jurídico se efectuaron de común acuerdo bajo las mismas consideraciones de modalidad de pago y de vinculación de usuarios, por lo cual la demanda referida a esos puntos vulneraba el principio de la buena fe contractual.

Por último, formuló la excepción de “*incumplimiento de los requisitos para la declaratoria del desequilibrio económico del contrato (...)*”, por no concurrir en el presente caso, la existencia de un hecho exógeno presentado con posterioridad a la celebración del contrato, la imprevisibilidad del mismo y la alteración extraordinaria y anormal de la ecuación financiera del negocio jurídico, devenida por tal circunstancia.

2. El laudo impugnado

2.1. El 27 de febrero de 2018, el tribunal de arbitramento profirió el respectivo laudo, en el cual adoptó las siguientes decisiones:

PRIMERO: Declarar que ha operado la caducidad de la acción contractual de acuerdo con la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la caducidad, ABSTENERSE de examinar las pretensiones y las excepciones.

TERCERO: Condenar a Organización Clínica General del Norte S.A. y Clínica Las Peñitas S.A.S. a pagar a Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suma de ciento sesenta y cuatro millones de pesos (\$164'000.000), por concepto de costas.

CUARTO: Ordenar que se expidan copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público con las constancias de ley (artículo 114-2 del CGP).

QUINTO: En firme este Laudo, se causará el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, mas el IVA correspondiente (...).

El panel de árbitros comenzó por señalar que, tanto por obligación legal como por solicitud expresa del Ministerio Público en sus “*alegatos de conclusión*”, le correspondía examinar si en el caso concreto había operado la caducidad de la acción, para cuyo efecto estudiaría, en primer término, la naturaleza jurídica del contrato sometido a controversia.

En torno a dicha cuestión, refirió que el contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 1122-15-08 era de naturaleza estatal, por haber sido suscrito por la sociedad de economía mixta Fiduciaria La Previsora S.A. Con todo, el negocio jurídico se sujetaba a las reglas del derecho privado, por cuanto los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 15 de la Ley 1150 de 2007 establecían que los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter público no estarían sujetos al Estatuto General de Contratación Administrativa, disposición imperativa que resultaba aplicable al contrato, con independencia de que su objeto no correspondiera al giro ordinario de los negocios de Fiduprevisora S.A., tal y como podía desprenderse del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que no establecía distinciones sobre ese aspecto.

Analizado el punto anterior, el tribunal pasó a examinar lo atinente al régimen de liquidación del contrato y concluyó que el mismo solo podía ser liquidado por mutuo acuerdo entre las partes, sin que se diera la competencia de Fiduprevisora S.A. para liquidarlo en forma unilateral, puesto que se trataba de un negocio jurídico sometido al derecho privado. Por tanto, aun cuando la cláusula décima séptima del negocio jurídico establecía que el mismo se liquidaría bajo las reglas del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la facultad de liquidación unilateral debía excluirse de cualquier previsión, de acuerdo con lo que la doctrina y la jurisprudencia explicaban también sobre este punto.

A partir de tales premisas, refirió:

Hay que reiterar que, conforme al contrato, el plazo para la liquidación bilateral quedó establecido en seis meses posteriores a la terminación y que, en aplicación de la normativa legal y de las reglas jurisprudenciales vigentes, en casos como este, no procede la liquidación unilateral.

Después de constatar que el plazo total del contrato había expirado el 30 de abril de 2012, el tribunal advirtió que el acta de liquidación bilateral no contenía fecha alguna, de manera que no era posible establecer si la efectiva liquidación pudo modificar el momento desde el cual debía computarse el término de caducidad. Por su parte, la cláusula décima séptima del contrato, contentiva del régimen de liquidación, solo permitía deducir el plazo para liquidar el negocio por mutuo acuerdo, ya que no era aplicable la facultad de liquidación unilateral prevista por las partes.

Por consiguiente –en criterio del colegio arbitral-, para efectos del cómputo de la caducidad, al no demostrarse la fecha de liquidación del contrato, no se demostró que la misma se hubiera efectuado dentro del plazo convenido por las partes en la cláusula décima séptima, pues, si bien se acreditó la liquidación, la misma pudo haberse realizado por fuera del término en cuestión.

Recalcó que la carga de la prueba recaía en las convocantes, de conformidad con el artículo 167 del CGP, de modo que les concernía a ellas demostrar la fecha de liquidación del contrato, especialmente para efectos del estudio de la caducidad. En esa medida, no obrando prueba de tal aspecto, ni de que la liquidación se hubiera realizado dentro del plazo previsto para ello, forzoso era concluir que el momento a partir del cual se debía computar la caducidad era el del vencimiento del término acordado por las partes para su liquidación bilateral, de acuerdo con la cláusula décima séptima y el artículo 164 del CPACA.

Así entonces, puesto que la ejecución del contrato culminó el 30 de abril de 2012 – según las conclusiones del panel de árbitros- y la cláusula respectiva aludió a un plazo de seis meses para la liquidación por mutuo acuerdo, tal término feneció el 2 de enero de 2013, fecha desde la que debía contabilizarse, por consiguiente, el plazo de caducidad. A su vez –prosiguió el tribunal-, la demanda fue instaurada el 19 de noviembre de 2015, momento en el cual ya había vencido el plazo para presentarla.

Adicionalmente, subrayó:

Lo dicho, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 164 del CPACA, en las demandas relativas a contratos estatales, cuando no se pretende la nulidad del contrato, el cómputo del término de caducidad de dos (2) años para los contratos de ejecución sucesiva en los que la liquidación no fue realizada dentro de los plazos legales –bien porque efectivamente así se encuentra acreditado o porque existiendo la liquidación su fecha de realización no se acreditó-, se contabiliza a partir del vencimiento del plazo para liquidar bilateralmente el contrato.

El término de caducidad en cuestión se aplica respecto de las controversias en las que se encuentren involucradas las entidades públicas, categoría esta comprensiva de los órganos, organismos o entidades estatales, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%, en los términos del párrafo del artículo 104 del CPACA.

Igualmente, señaló el tribunal de arbitramento que la caducidad ocurrida en el caso concreto solo pudo advertirse después de agotadas las etapas del proceso y evacuado el estudio de las pruebas, y que para su constatación fue importante la alegación hecha por el Ministerio Público, al culminar la fase probatoria. En punto de ello, subrayó que, en ocasiones, la extemporaneidad de la demanda podía evidenciarse de bulto mientras que, en otros casos, solo podía corroborarse luego de cursada la actuación procesal.

En respaldo de tal razonamiento, señaló:

A la hora de acreditar este fenómeno en el presente caso, y más aún si se configuraba o no su existencia, era menester adelantar la actuación para, conforme al recaudo probatorio, evidenciar si existía circunstancia que impidiera el ejercicio de la acción y que a a poster condujera a la imposibilidad de pronunciarse sobre el

pedimento. Las pruebas recaudadas pues, permiten verificar la ocurrencia de la caducidad y por ende se impone la decadencia automática del derecho pretendido.

Por otro lado, el tribunal estableció las costas del proceso, con fundamento en los honorarios del perito, reconocidos y pagados en el curso de la actuación por un monto de \$25'000.000 más IVA, por cada una de las partes, y las agencias en derecho, fijadas en el laudo por la suma de \$139'000.000, para un total de \$164'000.000, a cargo de las sociedades convocantes.

2.4. El 5 de marzo de 2018, la parte convocante solicitó que se aclarara el laudo arbitral, en el sentido de precisarse si la declaratoria de caducidad de la acción era oficiosa, o se disponía a petición del Ministerio Público.

El panel arbitral denegó la solicitud, en audiencia del 7 de marzo de 2018, por considerar que tal petición no se refería a una aclaración de providencia, propiamente dicha, en los términos del artículo 285 del CGP, por cuanto las disposiciones del laudo, relativas a la caducidad, no ofrecían motivos de duda ni contenían frases confusas, oscuras o incoherentes.

3. Recurso de anulación

3.1. Lo interpuso la parte convocante para controvertir el laudo, con apoyo – según lo adujo- en la causal contemplada en el artículo 41 numeral 2 de la Ley 1563 de 2012¹, consistente en la caducidad de la acción.

Manifestó que el tribunal de arbitramento no debió declarar la ocurrencia de la caducidad, puesto que el término respectivo debía contabilizarse teniendo en cuenta el plazo que la ley les otorga a las entidades estatales para liquidar los contratos de manera unilateral, y porque, adicionalmente, debía contarse con la prueba que acreditara la configuración del indicado fenómeno, circunstancia que no se cumplió en el caso concreto, y que comportaba una carga del tribunal mismo y del Ministerio Público, por haberla alegado durante el trámite respectivo.

Para el censor, el laudo arbitral contiene errores de procedimiento puesto que, según su dicho, en él se desconoció la facultad de la administración para liquidar unilateralmente los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales, y se consideró tal prerrogativa como una potestad excepcional de la entidad pública, pese a que no se encontraba comprendida en dicha categoría.

Argumentó que la liquidación del contrato se regulaba por lo previsto en la Ley 80 de 1993, que erigía como obligatoria la liquidación de los negocios de tracto

¹*“Son causales del recurso de anulación (...):
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”.*

sucesivo y la necesidad de que la entidad estatal proceda a efectuarla en forma unilateral cuando no fuera posible la liquidación por mutuo acuerdo, a partir de lo cual concluyó que en el cómputo de la caducidad debían tenerse en cuenta los plazos fijados en la ley para la liquidación unilateral de los contratos.

Cuestionó que, a pesar de señalarse que no estaba demostrada la fecha de la liquidación bilateral del negocio jurídico objeto de controversia, se hubiera declarado la caducidad sin prueba fehaciente de su configuración, carga que, en su sentir, le correspondía al tribunal. En punto de ello, afirmó que el vacío probatorio referente a la fecha de la liquidación bilateral del contrato debió abordarse resolviendo la duda a favor del administrado y no de la administración, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, de suerte que el tribunal –en su criterio- debió partir del principio de la buena fe y concluir que la demanda se había presentado oportunamente.

3.2. El 25 de abril de 2018, el apoderado de la parte convocante radicó un nuevo escrito contentivo del *“recurso extraordinario de anulación”*, interpuesto en representación de la *“Unión Temporal Norte - Bogotá”*, para lo cual aportó el poder otorgado por la representante suplente de esa agrupación (fls. 378 – 406).

En esa oportunidad, invocó nuevamente la causal prevista en el artículo 41, numeral 2, de la Ley 1563 de 2012, consistente en la caducidad de la acción, y esbozó los mismos argumentos planteados en el recurso inicial.

Posteriormente, después de haberse remitido el expediente arbitral a esta Corporación, el 9 de octubre de 2018, el apoderado judicial de la *“Unión Temporal Norte – Bogotá”* presentó memorial de *“reforma y adición”* del recurso, en el cual incluyó como fundamento de la anulación, las causales tercera y octava del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir, *“no haberse constituido el tribunal en legal forma”* y *“contener el laudo disposiciones contradictorias”* (fls. 628 al 651).

3.3. En providencia de fecha 4 de octubre de 2019², se admitió el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante el 17 de abril de 2018, y se rechazaron los escritos del 25 de abril y el 9 de octubre del mismo año, por haber sido presentados en forma extemporánea (fls. 749-750).

4. Oposición de la convocada

La parte convocada –Fiduprevisora S.A como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- refirió que era evidente la improcedencia del recurso de anulación presentado por la convocante, dado que

² Dictada por el consejero ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera.

existía una incongruencia manifiesta entre la causal invocada y los argumentos con los que se pretendió sustentar.

Consideró que los fundamentos expuestos en el recurso no podían ser objeto de estudio por parte de la Sala, dado que se referían a errores *in judicando*, cuyo conocimiento no era competencia del juez del recurso. Por el contrario -en palabras de la convocada-, “*bajo el artificioso amparo de la causal*” aducida, el recurrente pretendía que el juez del recurso se inmiscuyera indebidamente en la valoración del acervo probatorio y el mérito que se le había dado en el laudo.

Señaló que, para la procedencia del recurso, era menester que la causal invocada estuviera en consonancia con los supuestos errores alegados por la parte impugnante, y en particular, que existiera una verdadera correspondencia entre ambos aspectos.

Refirió varios apartes jurisprudenciales relativos a la necesidad de sustentar adecuadamente, en el respectivo recurso, las causales de anulación de los laudos arbitrales, así como a la imposibilidad de examinar, en sede de tal medio de impugnación, los fundamentos jurídicos y probatorios de los que se haya valido el tribunal de arbitramento para adoptar su decisión.

Señaló que la parte convocante no había cumplido con la carga que le correspondía, de demostrar la fecha de liquidación del contrato, y no podía hacer recaer ese deber procesal sobre el Ministerio Público ni el tribunal mismo, alegando su propia culpa para su beneficio.

Por otro lado, defendió la legalidad de la decisión adoptada en el laudo objeto de recurso.

5. Trámite del recurso de anulación

5.1. El 29 de octubre de 2018, se aceptó el impedimento manifestado por la Consejera de Estado, doctora Marta Nubia Velásquez Rico, para conocer del presente asunto (fls. 718 y 719, c. ppal.).

5.2. En providencia del 4 de octubre de 2019, se admitió el recurso extraordinario de anulación presentado el 17 de abril de 2018 y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 749-750).

5.3. Las mencionadas entidades guardaron silencio en la presente instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012³, dado que este se presentó el 17 de abril de 2018 y la notificación del auto que resolvió la solicitud de aclaración del laudo arbitral presentada por la parte convocante se produjo el 7 de marzo de 2018, según consta en el acta 32 de esa fecha (fls. 340-341, c. recurso).

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

2. Régimen legal aplicable

La Ley 1563 del 12 julio de 2012⁴ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto⁵, razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento.

Es del caso señalar que en providencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos,

³ *“Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”*.

⁴ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: *“Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”*.

⁵ La demanda arbitral se presentó el 19 de noviembre de 2015.

aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563⁶.

3. Jurisdicción y competencia

La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 19 de noviembre de 2015, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación de conformidad con el numeral 7 y el párrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación⁷, y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁸, que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

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

El contrato de prestación de servicios médico-asistenciales N° 1122-15-08 del 31 de diciembre de 2008, que originó la controversia, fue suscrito por la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag–,

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera –Sala Plena– auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷ “Artículo 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

Igualmente conocerá de los siguientes procesos (...):

7) Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”.

“Artículo 149. *El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...):*

7) Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión (...).

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

⁸ “Artículo 46. *Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje (...).*

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

el cual fue creado por la Ley 91 de 1989, artículo 3, como una “*cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica*”, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria “*estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital*”, para efecto de lo cual, el Gobierno Nacional debía suscribir el respectivo contrato de fiducia mercantil⁹.

A su vez, la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. es una sociedad de economía mixta, del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, autorizada por el Decreto 1547 de 1984¹⁰ y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹.

Ahora bien, entre la Nación y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. se celebró el respectivo contrato de fiducia mercantil para la administración del patrimonio autónomo del Fomag, mediante escritura pública N° 83 del 21 de junio de 1990, en la Notaría 44 de Bogotá (fls. 113-129, c. ppal. 1).

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias¹², aspectos que se concretan de la siguiente manera:

- i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
- ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores

⁹ Estableció la norma: “*Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional*”.

¹⁰ “*Artículo 3º El Fondo Nacional de calamidades será manejado por una sociedad fiduciaria de carácter público. Para tal fin, autorízase a La Previsora S. A., compañía de seguros y a otras entidades públicas cuyos estatutos y normas orgánicas tengan relación con el objeto del Fondo, para Constituir dicha sociedad fiduciaria, conforme lo determine el Gobierno Nacional La sociedad que se cree estará vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...)*”.

El Fondo Nacional de Calamidades se tendrá como un fideicomiso estatal de creación legal en consecuencia, la administración de los bienes y recursos que lo conforman se regirá, en todo lo aquí no previsto, por las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

¹¹ Tal y como se señala en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia (fl. 111, c. ppal. 1).

¹² Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

in iudicando. Ello significa que no le es dable al juez del laudo, examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “*principio dispositivo*”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra¹³; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación¹⁴.

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”¹⁵.

vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten,

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

debidamente, las causales que se invocan en forma expresa, las cuales deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

Cabe agregar que la jurisprudencia constitucional ha recalcado las características del proceso arbitral, su sujeción al principio dispositivo y las limitaciones del recurso extraordinario de anulación contra el laudo que lo resuelve, al indicar¹⁶:

La Corte Constitucional ha considerado que el arbitramento es un mecanismo idóneo no únicamente para descongestionar los despachos judiciales, sino también para lograr que las partes en forma pacífica pongan fin a sus controversias.

Bajo este entendido, se ha considerado el arbitramento como un ‘mecanismo alternativo de solución de conflictos’ que ‘implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada’.

5. La causal de anulación invocada en el recurso

Como se anotó, la causal de anulación aducida por la parte recurrente fue la de caducidad de la acción, prevista en el artículo 41, numeral 2 de la Ley 1563 de 2012.

El presupuesto procesal de la caducidad se refiere al límite de tiempo que el ordenamiento impone para ejercer el derecho de acción, con miras a salvaguardar, entre otros, el principio de seguridad jurídica. Al respecto, ha señalado la doctrina¹⁷:

Impuesta por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas, la caducidad juega a ese respecto un decisivo papel, cierra toda posibilidad al debate jurisdiccional y acaba así con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición e incluso las demandas que comprometen su responsabilidad por sus hechos, omisiones, operaciones administrativas o contratos.

De allí que para evitar esa incertidumbre se haya señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual no podrá la acción ejercerse (...).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-714 del 17 de octubre de 2013.

¹⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Derecho procesal administrativo”, edic. 13, pág. 221. Señal Editora, Medellín, 2013.

La jurisprudencia, por su parte, ha recalcado el carácter concluyente, imperativo e improrrogable de la caducidad, a tal punto que, probada su ocurrencia, debe ser declarada por el juez de la causa, aún de oficio. En tal sentido, se ha dicho:

En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. La facultad potestativa de accionar comienza con el plazo prefijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, improrrogable. El fenómeno de la caducidad de las acciones judiciales opera de pleno derecho, contiene plazos fatales no susceptibles de interrupción ni de suspensión¹⁸.

Ahora bien, en lo tocante al laudo arbitral, la causal concreta de anulación consistente en la “*caducidad de la acción*”, prevista en la norma en cita, se refiere a la ocurrencia de ese fenómeno en el proceso de arbitramento, vale decir, prevé la anulación del laudo cuando este contenga decisiones de fondo sobre la controversia, pese a haber operado la caducidad en el asunto decidido.

Por ello, al explicar el mencionado título de anulación del laudo arbitral, la doctrina señala¹⁹:

En los procesos dispositivos, la actividad del titular del derecho sustancial o de quien afirme serlo hace nacer el proceso en tanto que este no surge sin la impulsión inicial de parte, mas este no podrá impulsarlo en cualquier tiempo, sino dentro del término señalado por la ley. Por manera que, si el impulso inicial, esto es, la demanda contentiva de la pretensión arbitral se formula por fuera del término límite, a esa inactividad se le impone la consecuencia jurídica denominada caducidad sustancial (...).

A esta, la caducidad sustancial, se refiere la causal, pues la pretensión arbitral debe presentarse oportunamente, esto es, dentro del término establecido por la ley sustancial de cada materia (...). Bastará entonces la constatación formal u objetiva del juez de la anulación, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda arbitral y el término legal respectivo para reclamarse el derecho sustancial ante el árbitro.

En efecto, resulta palmario que, ante la invocación –y debida sustentación– de la causal consistente en la caducidad de la acción, la labor que le concierne al juez del recurso no es otra distinta a la de verificar que la demanda arbitral haya sido interpuesta oportunamente, dentro del término previsto en las normas procesales que establecen los plazos para acudir a la administración de justicia; y de llegar a

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente (16207), M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. En ese mismo sentido se puede consultar, entre otras, la sentencia proferida el 30 de agosto de 2006, exp. N° expediente 15.323. Asimismo, la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, Subsección A, exp. N° 88001-23-31-000-2010-00001-01(38886), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En el mismo sentido, sentencia del 10 de marzo de 2017, Subsección B, exp. N° 25000-23-26-000-2006-01514-01(42416), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁹ MONTAÑO BEDOYA, Julia y CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. “*Arbitraje Nacional*”, Bogotá, Ediciones del Profesional Ltda, 2017, p176.

constatar que la demanda fue extemporánea, deberá declarar la prosperidad de la causal invocada.

No obstante, a tal ejercicio solo se llega cuando la caducidad, habiendo ocurrido, no fue declarada en el laudo arbitral por haberse adoptado en este, decisiones de fondo sobre las pretensiones de la parte convocante. En el caso contrario, es decir, cuando el tribunal de arbitramento examina la oportunidad de la demanda arbitral y determina la ocurrencia de la caducidad declarándolo así en el laudo, se torna inoperante la causal segunda de anulación de la providencia, puesto que es imposible señalar que la misma adolezca de vicio por resolver de fondo una demanda caducada.

En relación con la caducidad como causal de anulación, la jurisprudencia de esta Sección ha puntualizado²⁰:

[I]a Sección Tercera también concluyó que extraordinariamente es posible estudiar la validez de un laudo (...) cuando un tribunal de arbitramento no se pronuncia sobre la caducidad de la acción que efectivamente se configuró, o cuando se pronuncia y expresamente la niega; porque en ambos eventos el tribunal estudia las pretensiones y se pronuncia de fondo; pero en tales casos no debió hacerlo, por haber caducado la acción. En este sentido, en la sentencia de la Sección Tercera del 18 de febrero de 2010, exp. 37.004, se expresó por primera vez que:

'i) Ciertamente, uno es el evento en el cual el correspondiente tribunal de arbitramento decide proceder sin competencia –e incluso sin jurisdicción– para ello, en cuanto hubiere operado la caducidad de la acción, cuestión que obliga al juez de la anulación a anular el laudo respectivo una vez verifique que, junto con los demás requisitos propios de este medio de impugnación extraordinario, hubiere ocurrido la referida caducidad de la acción, independientemente de que el respectivo tribunal de arbitramento se haya pronunciado, o no, sobre la excepción de caducidad, toda vez que es evidente que en tal situación a ese pronunciamiento arbitral le hace falta un presupuesto indispensable: el de la competencia –y/o la jurisdicción– que debe acompañar al juez arbitral;

ii) Otro muy distinto, en cambio, es el caso en el cual, aunque en realidad no se hubiere configurado la caducidad de la acción, la misma es declarada por el respectivo tribunal de arbitramento, hipótesis en la que el juez de la anulación no puede entrar a modificar las valoraciones y las conclusiones que en ese sentido hubiesen sido adoptadas en sede arbitral, con plena competencia, aunque equivocadas, puesto que de hacerlo asumiría el papel propio de un juez de segunda instancia. Si el tribunal de arbitramento decide que ha operado la caducidad de la acción, contando con competencia para ello, ese pronunciamiento corresponde a un típico asunto in iudicando y su revisión implicaría reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros'.

Así entonces, la causal de anulación referente al fenómeno de la caducidad solo puede alegarse cuando en el laudo se haya resuelto la controversia de fondo, pese a la extemporaneidad de la demanda; pues el evento contrario, esto es, la

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 49.812, M.P. Enrique Gil Botero.

declaratoria de la caducidad en el laudo cuando se considera que la demanda fue oportuna, no constituye causal de anulación.

En efecto, toda vez que el laudo arbitral ostenta los mismos atributos de la sentencia, tales como la inmutabilidad y los efectos de cosa juzgada, la decisión que pone fin al proceso de arbitramento no puede ser cuestionada por otra autoridad, sino a través de los mecanismos previstos por el legislador y por los específicos y precisos motivos que este haya establecido expresamente²¹.

En esa medida, las causales de anulación del laudo arbitral no pueden interpretarse en el sentido de extender sus efectos a eventos no contenidos en ellas, pues son de carácter taxativo, ya que constituyen una tipificación de los supuestos concretos que dan lugar, precisamente, a que se establezca la nulidad o invalidez de la decisión.

Extender los supuestos de las causales de anulación de los laudos arbitrales a eventos no contemplados expresamente en la ley, equivaldría a vulnerarla y a desconocer el carácter extraordinario y excepcional del mecanismo de impugnación, así como la naturaleza dispositiva del proceso arbitral, además de incurrir el juez del recurso, en una indebida extralimitación de sus poderes.

Acerca de la interpretación y aplicación restrictiva de las causales de anulación de los laudos arbitrales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala²²:

Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.

Esa limitación de las facultades del juez que conoce del recurso de anulación es una clara manifestación del carácter dispositivo del proceso arbitral y constituye una garantía para las partes pues aquél no podrá pronunciarse sobre materias que éstas han acordado someter a la decisión de árbitros. De igual manera, esa limitación de las facultades del juez ordinario afirma la autonomía, independencia y sujeción a la ley de los particulares constituidos en tribunal de arbitramento.

Por tanto, el laudo arbitral no puede ser declarado nulo por el juez del recurso, si la nulidad aducida no está tipificada taxativamente en la ley. En esa medida, no

²¹ El principio de taxatividad de las causales de anulación del laudo está previsto en el artículo 42, inciso primero, de la Ley 1563 de 2012, en cuanto establece que la autoridad judicial competente debe rechazar de plano el recurso respectivo, entre otros eventos, cuando “las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley”.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-136 del 20 de febrero de 2003. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias T-714 de 2013 y SU-173 de 2015.

hay lugar a declarar próspera la causal de anulación referente a la caducidad de la acción, cuando esta ya ha sido declarada en el laudo arbitral.

6. Caso concreto

6.1. Problema jurídico

En el presente caso, le corresponde a la Sala establecer si al laudo arbitral objeto de recurso se le puede atribuir el vicio referido en el artículo 41, numeral 2 de la Ley 1563 de 2012, es decir, si el laudo debe ser anulado por resolver de fondo la controversia arbitral, pese a la ocurrencia de la caducidad de la acción.

6.2. Argumentos del recurso

En primer término, el recurrente precisó que invocaba la figura de la caducidad como causal “*única*” de anulación, teniendo en cuenta que el artículo 41, numeral 2 del estatuto del procedimiento arbitral refería también la falta de jurisdicción y de competencia.

Se manifestó en desacuerdo con el laudo, por considerar que el tribunal no debió declarar la caducidad de la acción e incurrió en un error “*in procedendo*” al cercenarle a la administración la posibilidad de liquidar unilateralmente los contratos de prestación de los servicios médico-asistenciales y estimar, equivocadamente, que esa facultad constituía una potestad exorbitante de la entidad estatal.

Por el contrario –en su sentir-, respecto del contrato N° 1122-15-08 de 2008, la liquidación era obligatoria de conformidad con la ley, por tratarse de un negocio de tracto sucesivo y el mismo se sujetaba a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual la entidad contratante sí debía liquidarlo unilateralmente, en caso de no lograrse la liquidación bilateral y aun cuando esa facultad no hubiera sido pactada en el contrato mismo.

De contera –prosiguiendo el censor con su argumento-, en el cómputo del término de caducidad debía tenerse en cuenta el plazo con el que contaba la entidad pública para liquidar el negocio jurídico en forma unilateral, es decir, los dos meses siguientes al vencimiento del lapso fijado por la ley o el contrato para su liquidación bilateral.

Estimó contrario a la lógica que el panel de árbitros hubiera tenido por demostrada la liquidación bilateral del contrato pero no la fecha en que se efectuó, y que a

partir de ello, señalara que el término respectivo debía contabilizarse partiendo del vencimiento del plazo legal para la liquidación por mutuo acuerdo. En criterio del recurrente, esa postura atentaba contra el derecho de acceso a la administración de justicia y se fundaba en simples conjeturas, sin tratarse de hechos ciertos o probados. En cambio –adujo-, el colegio arbitral debió interpretar de manera más amplia y menos restrictiva el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, referente a la oportunidad para ejercer los medios de control previstos en ese estatuto.

Afirmó que el vacío probatorio referente a la fecha de la liquidación bilateral del contrato debió abordarse resolviendo la duda a favor del administrado y no de la administración, puesto que así lo había dispuesto de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado, en una posición garantista.

Sobre tal base, argumentó:

[L]a caducidad solo operará transcurridos dos (2) años desde el día siguiente a la suscripción del acta de liquidación respectiva, es decir, (...), el cómputo de la caducidad debe hacerse tomando como referencia el día siguiente a la suscripción del acta.

Pero como en este caso, se suscribió el acta sin fecha, debe partirse del principio de la buena fe que la demanda se presentó en tiempo.

Adicionalmente, frente a la afirmación del tribunal de que la carga de la prueba recaía en la parte convocante y, en esa medida, debió acreditar la fecha de suscripción del acta de liquidación, el recurrente consideró que en el laudo se había invertido la carga de la prueba sin justificación, puesto que la caducidad debía declararse con sustento probatorio, y no cuando no se contara con prueba alguna de su ocurrencia.

Expresó:

[N]o es lógico que si la caducidad la advierte el Ministerio Público o si la declara probada el tribunal, es porque dentro del expediente existían los elementos probatorios suficientes que acreditan claramente la existencia de la caducidad y era a ellos –al Ministerio Público o al propio tribunal- los que tenían (sic) el deber legal de probar que la liquidación (...) se realizó en determinada fecha y no exigirle a los convocantes que demostraran ese hecho, porque es evidente que los hechos en que se fundan las excepciones (...) deben ser acreditados por el excepcionante (sic) o por quien propone la excepción, no por la parte contra la cual se propone la excepción.

6.3 Análisis de la Sala

Vistos los argumentos del recurso, se advierte *prima facie* que el censor pretendió invocar una causal de anulación no prevista en el ordenamiento –es decir, en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-, pues lo que cuestionó no fue la ocurrencia de

la caducidad de la acción –presupuesto claramente delimitado en la causal segunda de la indicada norma-, sino el hecho de que se hubiera declarado la misma en el laudo arbitral, situación esta que no se encuentra establecida en la normativa aplicable, como causal de nulidad del fallo proferido en el proceso de arbitramento.

Adicionalmente, la parte convocante reprocha los planteamientos jurídicos y la hermenéutica adoptada por el tribunal frente a aspectos tales como el régimen legal del contrato, las normas relativas a su liquidación, las prerrogativas de la administración y las potestades excepcionales, todo ello relacionado con el fondo de la controversia y ajeno, por tanto, a la competencia del juez del recurso de anulación.

Toda vez que la declaratoria de caducidad de la acción por parte de los árbitros no está prevista en la ley como causal de anulación de los laudos arbitrales, no es posible invocarla en sede de recurso, mucho menos con el fin de que se enjuicien y se modifiquen los razonamientos jurídicos que el tribunal de arbitramento haya esbozado para fundamentar su decisión puesto que, como ya se anotó, el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral es de carácter excepcional y solo procede por los errores *in procedendo* que encuadren en las causales taxativamente señaladas por el legislador, en tanto que al juez le está vedado pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Así lo establece el artículo 42, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012, en cuanto indica:

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

Ahora bien, la exigencia impuesta en la misma ley, de sustentar debidamente la causal invocada, implica que no basta con que el recurrente aduzca o enuncie de manera formal cualquiera de las causales establecidas en la norma, sino que explique de manera razonada y fundada la manera como en el laudo se configuró el vicio tipificado por la ley, vale decir, la ocurrencia de los hechos que lo estructuran.

De esta manera, resulta imperativo que la sustentación guarde plena correspondencia con la naturaleza y el supuesto de hecho de la causal de anulación que se ha invocado, y que no se pretenda confundir con el evento

contrario ni con otras causales no invocadas, so pena de imposibilitar cualquier análisis por parte de la autoridad judicial llamada a resolver el recurso interpuesto.

En el caso *sub judice*, el cargo de nulidad que formuló el recurrente adolece de ineptitud, por cuanto no se refirió a una verdadera configuración de la causal señalada en la norma –es decir, la ocurrencia del fenómeno de la caducidad y su desconocimiento en el laudo arbitral-, sino al evento contrario, esto es, la declaratoria de caducidad pese a considerar, el recurrente, que la misma no había tenido lugar, situación que, reitera la Sala, no está prevista en el ordenamiento como un vicio que dé lugar a la anulación de la sentencia arbitral.

Cabe agregar que la censura planteada por el recurrente tampoco puede enmarcarse dentro de las demás causales de anulación fijadas por el legislador, no solo porque no fueron invocadas en el recurso, sino también porque los argumentos del impugnante cuestionan aspectos jurídicos y de fondo que son de reserva del sentenciador arbitral y escapan de la competencia del juez del recurso, por no comportar errores *in procedendo* pasibles de examen en los términos ya señalados.

En este punto, vale la pena referir lo que ha sostenido la jurisprudencia en casos similares, fijando criterios que la Sala acoge en esta oportunidad por ser aplicables al asunto hoy sometido a análisis.

Así, sobre la ineptitud del cargo de caducidad que se formula para alegar su no ocurrencia, se ha dicho²³:

Partiendo de la base que la caducidad de la acción impide formular ante el juez determinadas pretensiones por el hecho de haber dejado transcurrir el término señalado en la ley sin haber ejercido la correspondiente acción, en materia arbitral, la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto a aquel fenómeno se refiere, queda circunscrita únicamente a aquella hipótesis en que los árbitros deciden el fondo la cuestión litigiosa, a pesar de que ha operado el fenómeno preclusivo de la acción. En efecto, nótese que el numeral segundo del artículo 41 de la ley arbitral recoge todos aquellos eventos en los que el juzgador no está habilitado para decidir la controversia, bien porque carece de jurisdicción, o porque no tiene competencia para ello, o simplemente porque se lo impide el hecho de haberse consolidado el fenómeno de caducidad al derecho de acción. Luego, si la causal en comento recoge los eventos en que el árbitro no puede decidir de fondo, y sin embargo decide, mal puede controvertirse un laudo con fundamento en que ocurre precisamente todo lo contrario, esto es, cuando el árbitro se abstiene de resolver porque estima que la acción ha caducado (...).

[D]e la solicitud de anulación resulta que el recurso es infundado (...) porque la causal segunda de anulación, cuando de caducidad se trata, sólo cobija aquellos casos en que estando caducada la acción, el Tribunal decide el fondo de la cuestión litigiosa, y no comprende, como ocurre en este caso, los eventos en que el laudo declara la caducidad (...). [L]a causal invocada está edificada para el evento en el

²³ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 31 de mayo de 2019, exp. N° 11001-03-26-000-2018-00134-00(62086). C.P. Nicolás Yepes Corrales.

que habiendo operado el fenómeno de la caducidad, el Tribunal decide el fondo del asunto puesto a su consideración, y no a la inversa, esto es, cuando el panel arbitral evidencia que en el caso concreto ha operado la caducidad de la acción y cumple con su obligación de declararla. [Adicionalmente], el análisis, valoraciones e interpretaciones referentes a la caducidad realizados por el Tribunal no pueden ser objeto de examen por parte del juez del recurso de anulación, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

En consonancia con todo lo anterior, es palmario que la causal invocada por el recurrente carece de vocación para prosperar, puesto que el supuesto configurativo de la misma no fue sustentado en el recurso, mientras que sí se plasmaron en él argumentos que no corresponden a ninguno de los vicios que la ley tipifica como invalidantes del laudo arbitral. En esa medida –una vez más lo advierte la Sala- no hay lugar a acoger el recurso de anulación ni a declararlo fundado, más cuando la censura se encaminó a modificar o enmendar las interpretaciones que el tribunal arbitral efectuó con base en las pruebas del proceso y en disposiciones del ordenamiento jurídico.

7. Conclusiones

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 27 de febrero de 2018, puesto que el reproche formulado por la parte recurrente no se enmarca en ninguna de las causales de anulación establecidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y, si bien se invocó formalmente la “*caducidad de la acción*”, prevista en el numeral 2 de la norma en cita, no se sustentaron los supuestos que la configuraban, mientras que sí se formuló censura contra las motivaciones y razonamientos jurídicos adoptados por el tribunal como fundamento de su decisión, aspectos que escapan del análisis de la Sala, por no ser de su competencia.

8. Costas

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación “*se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar*”.

No obstante lo señalado en las indicadas disposiciones, debe tenerse en cuenta que, respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 366 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) estableció que “*el secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla*”.

Frente a esta disparidad de regulaciones normativas sobre un mismo aspecto –esto es, el relativo a las cosas en el recurso de anulación de laudo arbitral-, la jurisprudencia ha indicado que tales casos de incompatibilidad deben solucionarse estableciendo la prelación entre las dos normas contradictorias, en los términos del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, que dispone:

... Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes (...):

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial (hoy Código General del Proceso), Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

Al respecto, al resolver en reciente pronunciamiento un caso similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, esta Subsección precisó²⁴:

... [L]a incompatibilidad se presenta entre la Ley 1563 de 2012 (...) y la Ley 1564 de 2012 ‘por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones’, ambas expedidas el 12 de julio de 2012, por lo que se debe acudir a la norma transcrita –artículo 5 de la Ley 57 de 1887- (...), que contempla que la prelación la tiene el Código Judicial, que fue reemplazado por el Código de Procedimiento Civil y actualmente corresponde al Código General del Proceso. En consecuencia, por Secretaría se deberá hacer la liquidación de las costas en su componente de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso.

Por tanto, habrá de darse aplicación al artículo 366, numeral 1 del Código General del Proceso, antes referido, en virtud de lo cual se dispondrá que por Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, se proceda a liquidación de las costas causadas en el presente proceso.

Por otro lado –aunque también para efectos de la liquidación de las costas-, la Sala procederá a fijar las agencias en derecho, las cuales deben establecerse de conformidad con la naturaleza, la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora –aquí, la parte convocada- frente al respectivo recurso²⁵. Igualmente, la fijación de las agencias en derecho debe establecerse teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 5, numeral 9, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 -proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- norma que señala como tarifa aplicable por concepto de agencias en derecho, para el trámite de los

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2018, exp. 11001-03-26-000-2016-001550-00(58120), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ A la luz del artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, “Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.

recursos extraordinarios, entre 1 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el presente caso, la Sala fijará por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, toda vez que, aun cuando el recurso se fundó en una única causal de anulación, fue interpuesto en más de una oportunidad y tuvo que ser controvertido por la parte convocada en dos ocasiones, durante el término del traslado respectivo.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 27 de febrero de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte convocante. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS