

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Infundado

SÍNTESIS DEL CASO: Mediante Laudo Arbitral de 10 de julio de 2018, el Tribunal declaró la caducidad de la acción contractual promovida por la Unión Temporal del Sur Occidente 2. La Unión Temporal interpuso recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral, invocando la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, aduciendo que el Tribunal había incurrido en un error in procedendo al haber declarado de oficio la caducidad y haber contravenido las normas procesales sobre la materia.

PROBLEMA JURÍDICO: En consideración a la causal invocada y argumentada por la recurrente, en virtud de la cual esta Sala avocó conocimiento del recurso, se deberá establecer si procede la anulación del Laudo Arbitral por la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que el Laudo haya declarado indebidamente la caducidad de la acción contractual promovida por la Unión Temporal.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA PARA CONOCER DEL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / APLICACIÓN DE NORMA ESPECIAL DE COMPETENCIA

El presente asunto es de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues el numeral 7 del artículo 149 del CPACA establece que el Consejo de Estado conocerá en única instancia “del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública”. El artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, norma especial en materia de arbitraje, otorga competencia a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149.9 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46

NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN - Pronunciamiento jurisprudencial / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN / CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El Consejo de Estado se ha referido al carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un Laudo Arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que este recurso no puede, bajo circunstancia alguna, convertirse en la vía de entrada para el estudio del caso en una segunda instancia, pues el juez de anulación no es el superior funcional del Tribunal Arbitral. (...) La finalidad esencial del recurso de anulación consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, por lo cual el juez está instituido para analizar los vicios procedimentales del laudo, más no la decisión de fondo del mismo. Además, el recurso tiene un carácter restrictivo, en virtud del cual este únicamente procede cuando se invoque y sustente una o varias de las causales incluidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012; tales causales son taxativas. (...) el recurso de anulación está gobernado por el principio dispositivo, según el cual el juez no podrá pronunciarse sobre aspectos no incluidos en la formulación y sustentación de la causal en el respectivo recurso y no podrá ahondar sobre causales no invocadas por la recurrente. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza del

recurso extraordinario arbitral, consultar, Sentencia del 15 de mayo de 1992, exp. 5326

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

EVENTOS EN LOS QUE PUEDE INVOCARSE LA CAUSAL DE ANULACIÓN NUMERAL 2

La Sala sostiene que la causal 2 de anulación también puede invocarse cuando la convocante considere que ha habido una indebida declaración de caducidad de la acción mediante el laudo arbitral recurrido. (...) cuando se invoque la referida causal, no le será exigible al recurrente el requisito de procedibilidad contenido el numeral 10 del artículo 41 del Estatuto Arbitral, relativo a la obligación de haber interpuesto recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN - Infundado

El Tribunal se adhirió a una de las tesis acogidas por el Consejo de Estado para contar el término de caducidad y concluyó que la acción había sido interpuesta fuera del término legal en virtud de dicha fórmula. De dicha idea se colige que el juez arbitral actuó conforme a derecho y, por lo tanto, no realizó un conteo indebido de la caducidad. En virtud de lo anterior, se declarará infundada la causal de anulación interpuesta.

CONDENA EN COSTAS / CONDENA AGENCIAS EN DERECHO / LEGISLACIÓN APLICABLE - Regulación normativa

Toda vez que el recurso de anulación se declarará infundado, resulta aplicable el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, según el cual, si este recurso no prospera, se condenará en costas al recurrente, salvo que la anulación haya sido presentada por el Ministerio Público. (...) Al ser esta sentencia la decisión de un recurso extraordinario de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, en materia de la liquidación de las costas, le es aplicable el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, que establece que, en la sentencia que resuelva el recurso de anulación “se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”. Se aclara que debe preferirse la aplicación del Estatuto Arbitral frente al Código General del Proceso, en la medida en que el Estatuto es el ordenamiento especial en la materia. En relación con el recurso de anulación, la Ley 1563 de 2012 establece sus generalidades, las causales del recurso, su trámite, los efectos de la sentencia de anulación y la competencia para conocer del mismo. La Sala fijará las agencias en derecho en una suma equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esa decisión. Ello, ya que, por una parte, está acreditada la intervención del apoderado de la convocada, quien se opuso a la prosperidad del recurso extraordinario y, por otra, no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales, ni se observan otros gastos. La Sala estima las agencias en derecho en la referida cuantía, con base en el artículo 5 (numeral 9) del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que establece que las tarifas de agencias en derecho para el caso de recursos extraordinarios serán “entre 1 y 20 S.M.M.L.V.”. Dicho Acuerdo resulta aplicable al caso concreto en la medida en que según su artículo 7, este rige respecto de los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016 y la demanda arbitral se interpuso el 11 de agosto de 2016.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00172-00 (62535)

Actor: UNIÓN TEMPORAL DEL SUR OCCIDENTE 2

Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Temas: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Caducidad de la acción

Síntesis del caso: Mediante Laudo Arbitral de 10 de julio de 2018, el Tribunal declaró la caducidad de la acción contractual promovida por la Unión Temporal del Sur Occidente 2. La Unión Temporal interpuso recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral, invocando la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, aduciendo que el Tribunal había incurrido en un error *in procedendo* al haber declarado de oficio la caducidad y haber contravenido las normas procesales sobre la materia.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral de 10 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Arbitral¹, integrado para dirimir las controversias surgidas entre la Unión Temporal del Sur Occidente 2, como parte convocante, y la Fiduciaria la Previsora S.A., como parte convocada. El referido

¹ Compuesto por los árbitros Jaime Cabrera Bedoya, Jaime Córdoba Triviño y José Roberto Herrera Vergara.

Laudo declaró, de oficio, la caducidad de la acción contractual promovida por la Unión Temporal del Sur Occidente 2.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones– 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda arbitral y su trámite – 1.2. La cláusula compromisoria y el Laudo Arbitral – 1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

1.1. La demanda arbitral y su trámite

1. El 11 de agosto de 2016, la Unión Temporal del Sur Occidente 2, conformada por la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia. Ltda. – Cosmitet Ltda y Profesionales de la Salud S.A. – Proinsalud S.A. (la Unión Temporal) presentó **demanda arbitral**² ante la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante la cual convocó a la Fiduciaria la Previsora S.A. (Fiduprevisora) al trámite arbitral fundado en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Prestación de Servicios Medico - Asistenciales No. 1122-08-08.

2. En la demanda arbitral, la parte convocante narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

3. 1) La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio — FOMAG, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, que tenía dentro de sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales. De conformidad con el artículo 3 de la referida Ley, los recursos del Fondo debían ser manejados por una fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital. La celebración del contrato de fiducia mercantil podría ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

² Folios 1-47. Cuaderno Principal No. 1.

4. 2) En virtud de lo anterior, el 21 de junio de 1990, la Nación - Ministerio de Educación Nacional (Ministerio de Educación), en calidad de Fideicomitente, y la Fiduprevisora (sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público) suscribieron un Contrato de Fiducia Mercantil para la administración de los recursos que integran el FOMAG.

5. 3) En desarrollo del referido Contrato de Fiducia, el Consejo Directivo del FOMAG aprobó el pliego de condiciones y las condiciones generales para la contratación de servicios médicos asistenciales, que se llevaría a cabo mediante la Convocatoria Pública - Selección Abreviada No. 1 de 2008.

6. 4) La Unión Temporal presentó oferta dentro del referido proceso de selección.

7. 5) Una vez efectuada la evaluación de las propuestas y la adjudicación del Contrato, el 1 de noviembre de 2008, la Fiduprevisora, en calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG, y la Unión Temporal celebraron el Contrato de prestación de servicios médico asistenciales 1122-08-08 (el Contrato) cuyo objeto era:

"garantizar la prestación de servicios medico asistenciales a los docentes activos, y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a sus beneficiarios, zonificados en la Región No. 05 que incluye los departamentos de Cauca, Valle y Nariño de acuerdo con las condiciones jurídicas, financieras, y técnicas definidas en el pliego de condiciones, en la propuesta presentada por el CONTRATISTA y en la presente minuta, que hace parte integral del presente contrato".

8. 6) El Contrato fue objeto de los siguientes Otrosíes:

(1) Otrosí No. 1 de 29 de octubre de 2010: prorrogó el Contrato hasta el 30 de abril de 2011 y adicionó su valor, entre otros.

(2) Otrosí No. 2 de 29 de noviembre de 2010: modificó la forma de pago.

(3) Otrosí No. 3 de 29 de abril de 2011: prorrogó el Contrato hasta el 31 de octubre de 2011 y adicionó su valor, entre otros.

(4) Otrosí No. 4 de 31 de diciembre de 2011: prorrogó el Contrato hasta el 30 de abril de 2012 y adicionó su valor, entre otros.

9. 7) Transcurrido un año después de la terminación del Contrato, el contratista acudió a las mesas de concertación con el fin de lograr la liquidación bilateral del Contrato. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo sobre los términos de la liquidación.

10. 8) Dentro del trámite legal para la liquidación contractual, la Ministra de Educación Nacional, en su calidad de presidenta del Consejo Directivo del FOMAG, expidió la Resolución 6835 de 13 de mayo de 2014, mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato.

11. 9) La Unión Temporal interpuso recurso de reposición contra la Resolución 6835 de 13 de mayo de 2014, el cual fue resuelto mediante la Resolución 12331 de 30 de julio de 2014, confirmando en su integridad la Resolución objeto de recurso.

12. 10) La referida Resolución 12331 fue notificada personalmente al apoderado de la Unión Temporal Sur Occidente 2, el 11 de agosto de 2014, tal como se hizo constar en el mismo acto administrativo.

13. El 5 de diciembre de 2016, se llevó a cabo la **audiencia de instalación**³ del Tribunal Arbitral llamado a dirimir las diferencias surgidas entre las partes. En dicha oportunidad se profirieron dos autos:

14. Mediante Auto No. 1, el Tribunal se declaró legalmente instalado.

15. Mediante Auto No. 2, el Tribunal inadmitió la demanda, exigiendo a la demandante, entre otros, precisar si estaba demandando al Ministerio de

³ Folios 173-177. Cuaderno Principal No. 1.

Educación y replantear la pretensión sexta relativa a intereses, de manera que no se confundiera con las peticiones de intereses de la pretensión quinta.

16. El 13 de diciembre de 2016, la Unión Temporal **subsanó la demanda**⁴, aclaró que las partes convocadas eran la Fiduprevisora y el Ministerio de Educación y modificó así sus **pretensiones** (se transcribe):

"PRIMERA: Que se declare que la Unión Temporal del SUROCCIDENTE 2 cumplió con todas las obligaciones contenidas en el Contrato de Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 1122-08-08, en las condiciones que fueron acordadas.

SEGUNDA: Que se declare que FIDUPREVISORA S.A. incumplió el Contrato No. 1122-08-08 por las razones expuestas en la demanda.

TERCERA: Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 6835 del 13 de mayo de 2014 y 12331 del 30 de julio de 2014 expedidas por la Presidenta del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 1122-08-08 y se resolvió el recurso de reposición, respectivamente, de conformidad con las razones expuesta en la presente demanda.

CUARTA: Que como consecuencia de lo anterior se ordene la liquidación arbitral del contrato de Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 1122-008-008.

QUINTA: Que las convocadas sean condenadas a reconocer y pagar a la parte convocante, las siguientes pretensiones económicas, estimadas bajo juramento estimatorio, tal como lo ordena el artículo 206 del Código General del Proceso, así:

- a) *Los servicios prestados durante el mes de abril de 2012 y no pagados por la entidad, los cuales ascienden a la suma estimada en \$27.204.268.786,00.*

⁴ Folios 189-219. Cuaderno Principal No. 1.

b) *Los intereses bancarios y moratorios derivados del no pago de los servicios prestados durante el mes de abril de 2012, las cual (sic) aplicándole el interés de mora autorizado por la Superfinanciera asciende a la suma de \$52.852.387.768.*

c) *Los intereses bancarios y moratorios causados por el NO pago oportuno de los servicios prestados, de conformidad con las facturas recibidas y no objetadas por la convocada, a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia financiera, los cuales ascienden a la suma de \$3.363.301.192,04.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA: Que se reconozca y pague la indexación a que hubiere lugar sobre la suma que se fije como indemnización, liquidadas desde el momento mismo de los hechos generadores del daño, hasta el momento real y efectivo del pago de la respectiva obligación.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA: Que se reconozca y pague el doble del interés legal civil, a que hubiere lugar sobre las sumas que se fijen como indemnización, liquidadas desde el momento mismo de los hechos generadores del daño, hasta el momento real y efectivo del pago de la respectiva obligación.

SEXTA: Que se ordene a las Entidades estatales demandadas dar cumplimiento al laudo que ponga fin a este proceso, acorde con lo ordenado en los artículos 192, 193, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011.

SÉPTIMA: Que se condene a las Entidades estatales convocadas, en caso de interponer recurso de anulación contra eventual laudo favorable a la UNION TEMPORAL DEL SUROCCIDENTE 2, que pague intereses de mora desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563.

OCTAVA: Que se condene en costas y agencias en derecho a las convocadas”.

17. Mediante Auto No. 3 de 19 de enero de 2017, el Tribunal **admitió la demanda**⁵.

18. El Ministerio de Educación presentó **recurso de reposición**⁶, aduciendo la falta de pacto arbitral que lo vinculara al proceso.

19. Mediante Auto No. 4 de 27 de marzo de 2017, el Tribunal decidió **negar el recurso**⁷ y estableció que se referiría a la vinculación de la parte no signataria del pacto arbitral en la primera audiencia de trámite.

20. El 20 de abril de 2017, la Fiduprevisora **contestó la demanda**⁸ y propuso las siguientes excepciones de mérito:

- 1) *"Ausencia de capacidad del Tribunal Arbitral para conocer del objeto del litigio;*
- 2) *Carencia de legitimación en la causa del demandante;*
- 3) *Carencia de Legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A.;*
- 4) *Debida competencia del Ministerio de Educación para emitir las resoluciones que decidieron sobre la liquidación unilateral del contrato";*
- 5) *Violación del privilegio de la decisión propia;*
- 6) *Legalidad debida de las Resoluciones que liquidaron el contrato y resolvieron el recurso de reposición;*
- 7) *Del conocimiento calificado y la calidad profesional del demandante en contratos de prestación de servicios de salud y su mala fe contractual en la ejecución del contrato".*

21. El 27 de abril de 2017⁹, el Ministerio de Educación **contestó la demanda**¹⁰ y propuso las siguientes excepciones de mérito:

⁵ Folios 220-223. Cuaderno Principal No. 1.

⁶ Folios 225-226. Cuaderno Principal No. 1.

⁷ Folios 246-249. Cuaderno Principal No. 1.

⁸ Folios 266-315. Cuaderno Principal No. 1.

- 1) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva;*
- 2) *Naturaleza jurídica del FOMAG y límites constitucionales, legales y jurisprudenciales del Ministerio de Educación Nacional;*
- 3) *Elementos generales relativos al funcionamiento del régimen exceptuado de salud del magisterio;*
- 4) *Legalidad de las Resoluciones No. 6835 de 2014 y 12331 de 2014;*
- 5) *Obligación de construir y actualizar las bases de datos de titulares y beneficiario del FOMAG, con base en las cuales se paga la cápita;*
- 6) *Sobre el valor del Contrato No. 1122-08-08 –Indeterminado pero determinable-;*
- 7) *Improcedencia del cobro de intereses moratorios derivados de facturas en el marco de la ejecución de los contratos para la prestación del servicio de salud a los miembros del magisterio;*
- 8) *Improcedencia de plantear controversias ejecutivas al tribunal de arbitramento”.*

22. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el 13 de septiembre de 2017¹¹, el Tribunal declaró agotada y **fracasada la audiencia de conciliación**.

23. El 2 de noviembre de 2017, se llevó a cabo **la primera audiencia de trámite**¹², en la cual el Tribunal decidió desvincular al Ministerio de Educación del proceso por considerar que no se configuraba la arbitrabilidad subjetiva en relación con la entidad.

24. El 9 de noviembre de 2017, mediante Auto No. 19¹³, el Tribunal decidió sobre las **pruebas** solicitadas por las partes.

⁹ Folios 316-404. Cuaderno Principal No. 1.

¹⁰ Folios 266-315. Cuaderno Principal No. 1.

¹¹ Folios 530-535. Cuaderno Principal No. 1.

¹² Folios 530-535. Cuaderno Principal No. 1.

¹³ Folios 34-44. Cuaderno Principal No. 2.

25. Mediante Auto No. 37 de 3 de abril de 2018, el Tribunal declaró **agotada la etapa probatoria** y programó la audiencia para presentar los alegatos de conclusión el 2 de mayo de 2018.

26. En sus **alegatos de conclusión**¹⁴, la Unión Temporal reiteró su cumplimiento del Contrato, el incumplimiento por parte de la Fiduprevisora y la nulidad de los actos administrativos de liquidación unilateral.

27. En sus **alegatos de conclusión**¹⁵, la Fiduprevisora puso de presente que el Contrato se regía por las normas del derecho público y que los recursos del Contrato eran de naturaleza pública. Además, expuso nuevamente cada una de las excepciones propuestas en su contestación de la demanda.

28. Por último, el **Ministerio Público** rindió **concepto**¹⁶ sobre el proceso y solicitó la negación de las pretensiones de la demanda. El Ministerio estableció que *“para el momento en que se radicó la demanda arbitral, la acción se encontraba caducada, y así ha de declararse en el laudo”*.

1.2. La cláusula compromisoria y el Laudo Arbitral

29. Mediante la cláusula vigésima tercera del Contrato, las partes pactaron sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de sus diferencias y estipularon que las controversias relativas al Contrato serían sometidas a un Tribunal Arbitral. Se transcribe la mencionada cláusula:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS — Las partes convienen que en el evento 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) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra.

¹⁴ Folios 149-160. Cuaderno Principal No. 2.

¹⁵ Folios 161-226. Cuaderno Principal No. 2.

¹⁶ Folios 227-239. Cuaderno Principal No. 2.

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.

Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados por el CONTRATISTA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Una vez proferido el correspondiente laudo la parte vencida reembolsará a la otra parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal según lo abonado por éste con Motivo del procedimiento y en todo caso sujetándose ambas partes a lo que ordene el laudo arbitral o fallo, prevaleciendo este sobre cualquier estipulación que hayan pactado entre ellos.

- Los pagos que se deben realizar por causa o con ocasión de la aplicación de la Presente cláusula bajo ninguna circunstancia se podrán realizar con cargo a los recursos propios de la sociedad fiduciaria que administra el patrimonio autónomo 'Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio'.

PARÁGRAFO: Si con anterioridad a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, las partes manifiestan por escrito ánimo de arreglo directo, la controversia se dirimirá mediante conciliación ante la Procuraduría General de la Nación con control de legalidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente”.

30. El 10 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral, compuesto por los árbitros Jaime Cabrera Bedoya, Jaime Córdoba Triviño y José Roberto Herrera Vergara, dictó el Laudo en derecho¹⁷ que puso fin a la controversia entre las partes.

31. Atendiendo al concepto presentado por el Ministerio Público, el Tribunal estudió la caducidad de la acción contractual desde los puntos de vista doctrinal, legal y jurisprudencial, deteniéndose a analizar la caducidad en el marco de contratos estatales en los que se ha dispuesto su liquidación unilateral.

32. Respecto al tipo de contrato celebrado, el Laudo indicó que debía tenerse en cuenta que la fiducia mercantil y la conformación de un patrimonio autónomo son mecanismos jurídicos de administración de los recursos del FOMAG, fondo adscrito a la Nación. De ahí que, desde el punto de vista material, la Nación fue parte del Contrato. En consecuencia, en aplicación del criterio orgánico, el Contrato bajo estudio es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993.

33. Para efectos de determinar la caducidad de la acción, el Tribunal estudió la cláusula decimoséptima del Contrato, que establecía que la liquidación debía hacerse de común acuerdo, dentro de los 6 meses siguientes a su terminación, así:

"LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo

¹⁷ Folios 245-298. Cuaderno del Consejo de Estado.

previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto, terminado el mismo por cualquier causa, se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de terminación. (...) En caso de que no se efectúe la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007".

34. A juicio del Tribunal, cabía tener en cuenta las siguientes circunstancias para el estudio de la caducidad y sus normas aplicables:

- 1) *"El Contrato terminó el 30 de abril de 2012;*
- 2) *El plazo adicional de seis meses para la liquidación de común acuerdo terminó el 1 de noviembre de 2012;*
- 3) *El plazo subsiguiente de dos meses para la liquidación unilateral venció el 2 de enero de 2013".*

35. En relación con el régimen jurídico aplicable en materia de caducidad, el Tribunal estableció que el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 era la norma aplicable al caso, ya que esta ley entró a regir el 2 de julio de 2012, cuando aún no corría el término de caducidad de la acción contractual.

36. Así, el Tribunal consideró aplicables los artículos 164 del CPACA (inciso 2, literal j, numeral v) y 11 de la Ley 1150 de 2007, los cuales conviene citar:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

(...).”

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

37. El Laudo hizo un análisis alrededor de la línea jurisprudencial sobre la caducidad del medio de control de controversias contractuales, citó varias sentencias recientes del Consejo de Estado¹⁸ y laudos arbitrales al respecto, y estableció que:

“En los últimos tiempos ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, al precisar que, si la administración no procede a efectuar la liquidación unilateral del contrato estatal dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para hacerla de común acuerdo, el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendrá en dicho término, una liquidación posterior”.

38. Así las cosas, concluyó el Tribunal que si el plazo para la liquidación unilateral del Contrato se había vencido el 2 de enero de 2013, la acción contractual había caducado el 3 de enero de 2015, según el artículo 164 del CPACA. Teniendo en cuenta que la convocante presentó la demanda arbitral el 11 de agosto de 2016, el Tribunal coligió que dicha acción estaba caducada.

39. El Tribunal resolvió (se transcribe):

“Primero (1º): De manera oficiosa, declarar la caducidad de la acción contractual promovida por la UNIÓN TEMPORAL DEL SUROCCIDENTE 2, conformada por PROFESIONALES DE LA SALUD S.A. — PROINSALUD S.A. — Y - COSMITET LTDA. — CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA. LTDA.

Segundo (2º): En consecuencia, abstenerse de pronunciarse respecto de las Pretensiones de la demanda y las

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 18 de mayo de 2017, exp. 57864; Sentencia de 8 de junio de 2016, exp. 39665; Sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 34836; Sentencia de 16 de marzo de 2015, exp. 32797; Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29469.

excepciones de mérito propuestas por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A.- en calidad de vocera y administradora del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO — FOMAG”.

1.3. El recurso extraordinario de anulación y su trámite

40. El 24 de agosto de 2018, la parte convocante presentó **recurso extraordinario de anulación** contra el Laudo Arbitral¹⁹ e invocó y sustentó la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

41. Textualmente, la causal segunda dispone que un laudo se anulará cuando haya *“caducidad de la acción”*. El recurrente aceptó que el Consejo de Estado no había permitido invocar la referida causal en los eventos en los que el Tribunal Arbitral hubiese declarado indebidamente la caducidad de la acción; tal como, a su juicio, ocurrió en el caso concreto.

42. La Unión Temporal se apartó de la posición en comento de la Corporación mediante los siguientes argumentos:

43. En primer lugar, *“de manera excepcional (el recurso de anulación) debe proceder por errores sustanciales o in judicando, que no ataque cuestiones de mérito o de fondo del laudo...siempre que estén en consonancia con las causales taxativas previstas por el legislador”*.

44. En segundo lugar, el Laudo recurrido incurrió en un error *in procedendo* al declarar de oficio la caducidad, pues no aplicó las normas sustanciales y procesales sobre la materia, violando así los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

45. De hecho, según la recurrente, el Tribunal dejó de aplicar el inciso 3 del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que establece que, una vez vencido el plazo de 2 meses para la liquidación unilateral del contrato sin que esta se hubiese

¹⁹ Folios 306-322. Cuaderno del Consejo de Estado.

realizado, se cuenta con 2 años más después de agotado dicho plazo para liquidar el contrato.

46. Así pues, si se considera que el plazo para efectuar la liquidación bilateral y unilateral del Contrato se venció el 30 de octubre de 2012, conforme a la precitada norma, la administración contaba con 2 años contados a partir de esa fecha para liquidarlo unilateralmente, tal como ocurrió. Dentro de dicho plazo, la presidenta del Consejo Directivo del FOMAG expidió la Resolución No. 6835 del 13 de mayo de 2014, mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato. Esta fue objeto de recurso de reposición, el cual fue negado a través de la Resolución 12331 de 30 de julio de 2014, notificada personalmente a la convocada el 11 de agosto de 2014. Desde dicha fecha, la recurrente contaba con 2 años para interponer la acción contractual, tal como lo hizo el 11 de agosto de 2016. Ello, al amparo del artículo 164 del CPACA (inciso 2, literal j, numeral iv), que dispone:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

(...)”.

47. El 18 de septiembre de 2018, la Fiduprevisora recorrió el **traslado del recurso**²⁰ extraordinario de anulación y se opuso a su prosperidad. Conviene destacar los siguientes argumentos de la convocada (se transcribe):

- 1) *“En relación con la causal de fondo alegada, existe una evidente incongruencia entre la causal segunda del artículo 41 de la ley arbitral citada en el presente trámite frente a los argumentos presentados con el recurso.*
- 2) *El recurso de manera anacrónica, menciona la presunta existencia de yerros en la motivación del laudo (errores in iudicando), que NO pueden ser objeto de estudio por el juez del recurso quien solo tiene competencia para pronunciarse sobre errores en el procedimiento.*
- 3) *Específicamente, el recurso pretende bajo el artificioso amparo de la causal mencionada, que el juez del recurso se inmiscuya indebidamente en la valoración del acervo probatorio y el merito dado en el laudo.*
- 4) *Olvida el recurrente el claro texto del artículo 42 de la ley arbitral que expresamente determina que:*

‘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’”.

48. El 17 de septiembre de 2018, el **Ministerio Público** emitió **concepto**²¹ sobre el asunto. Este consideró que debía rechazarse de plano y por improcedente el

²⁰ Folios 329-346. Cuaderno del Consejo de Estado.

²¹ Folios 351-360. Cuaderno del Consejo de Estado.

recurso de anulación y, en caso de hallarlo admisible, debía declararse infundado. Ello, de conformidad con los siguientes argumentos (se transcribe):

“el recurso incoado es abiertamente improcedente, debiendo rechazarse de plano, al no enmarcarse en ninguna de las causales establecidas en el art. 41 de la ley 1563 de 2012. Ello a voces del inciso primero del art. 42 ibídem, como quiera que la causal invocada textualmente establece que es motivo de anulación ‘La caducidad de la acción’, es decir, cuando el laudo debe anularse por haber fenecido el término para instaurar la acción, más no a la inversa, esto es, que se haya declarado la caducidad de la acción en el laudo y se considere por una de las partes que no se configura, buscando entonces un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones.

La razón radica en que al ser el recurso de anulación exclusivo para errores procesales o in procedendo, no resulta admisible que se estudie tal recurso cuando se alegue que la caducidad decretada por el Tribunal no exista, pues esto llevaría a tener que estudiar el fondo del asunto reabriendo el debate jurídico, convirtiéndose en segunda instancia y desnaturalizando por completo el referido recurso extraordinario, que tiene vedado el análisis de temas sustanciales”.

49. Para sustentar su postura, el Ministerio citó la Sentencia de 31 de agosto de 2015 (exp. 53585) del Consejo de Estado, en la que la Corporación estableció la improcedencia de estudiar de fondo la causal de anulación cuando se alega que la caducidad decretada por el laudo no existe.

50. Por último, el concepto estableció que la recurrente había realizado una interpretación errada de las normas aplicables a la caducidad. Ello, especialmente en relación con el inciso 3 del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que, a su juicio, consagra la mera posibilidad de liquidar el Contrato en los 2 años siguientes al plazo establecido para su liquidación bilateral y unilateral. Este inciso establece expresamente que se aplicará *“sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”*, es decir, que la facultad de liquidar el contrato en dicho plazo no amplía, a su vez, el término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA.

51. Mediante Auto de 10 de julio de 2018²², la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado **avocó conocimiento** del recurso, con el fin de estudiar la configuración de la causal 2 de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocada por el recurrente.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Problema jurídico – 2.3. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación – 2.4. Generalidades de la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – 2.5. Configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – 2.6. Sobre la condena en costas y las agencias en derecho

2.1. Jurisdicción y competencia

52. El presente asunto es de conocimiento de la **Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**, pues el numeral 7 del artículo 149 del CPACA establece que el Consejo de Estado conocerá en única instancia *“del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública”*.

53. El artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, norma especial en materia de arbitraje, otorga **competencia** a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales *“en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”*.

2.2. Problema jurídico

54. En consideración a la causal invocada y argumentada por la recurrente, en virtud de la cual esta Sala avocó conocimiento del recurso²³, se deberá establecer si procede la anulación del Laudo Arbitral por la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que el Laudo haya declarado indebidamente la caducidad de la acción contractual promovida por la Unión Temporal.

²² Folios 365-368. Cuaderno del Consejo de Estado.

²³ Folios 365-368. Cuaderno del Consejo de Estado.

2.3. Naturaleza del recurso extraordinario de anulación

55. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha referido al carácter excepcional, extraordinario y restrictivo del recurso de anulación contra un Laudo Arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que este recurso no puede, bajo circunstancia alguna, convertirse en la vía de entrada para el estudio del caso en una segunda instancia, pues el juez de anulación no es el superior funcional del Tribunal Arbitral²⁴.

56. La finalidad esencial del recurso de anulación consiste en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las partes, por lo cual el juez está instituido para analizar los vicios procedimentales del laudo, mas no la decisión de fondo del mismo. Además, el recurso tiene un carácter restrictivo, en virtud del cual este únicamente procede cuando se invoque y sustente una o varias de las causales incluidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012; tales causales son taxativas. Por último, el recurso de anulación está gobernado por el principio dispositivo, según el cual el juez no podrá pronunciarse sobre aspectos no incluidos en la formulación y sustentación de la causal en el respectivo recurso y no podrá ahondar sobre causales no invocadas por la recurrente.

57. Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar las características dadas por la jurisprudencia respecto de la causal invocada por la Unión Temporal, y su configuración en el caso concreto.

2.4. Generalidades de la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

58. La causal de anulación referida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 tendrá lugar cuando exista “*caducidad de la acción*”. Esta Corporación ha

²⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 15 de mayo de 1992, exp. 5.326, 12 de noviembre de 1993, exp. 7.809, 24 de octubre de 1996, exp. 11.632, 16 de junio de 1994, exp. 6.751, 18 de mayo de 2000, exp. 17.797, 23 de agosto de 2001, exp. 19.090, 28 de abril de 2005, exp. 25.811, 4 de julio de 2002, exp. 21.217, 20 de junio de 2002, exp. 19.488, 4 de julio de 2002, exp. 22.012, 1 de agosto de 2002, exp. 21.041, 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560, 8 de junio de 2006, exp. 32.398, 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871.

entendido que esta causal podrá invocarse exclusivamente cuando haya caducado el medio de control interpuesto por la parte convocante y el Tribunal Arbitral, erradamente, no la haya declarado.

59. En virtud de esta interpretación, el Consejo de Estado no ha permitido la adecuación de la referida causal a casos como el que se estudia, en el cual la recurrente afirmó que el Tribunal Arbitral dejó de decidir frente a un asunto de su competencia, luego de haber declarado equivocadamente la caducidad de la acción.

60. Al respecto, ante un caso similar, esta Corporación estableció que cuando un Laudo Arbitral declare la caducidad de la acción incoada, esta decisión no podrá ser objeto de estudio por parte del juez extraordinario de anulación. Así, en Sentencia de 31 de agosto de 2015, estableció:

“Es evidente, que las decisiones adoptadas por los árbitros, en particular aquellos casos en los que se decreta la caducidad de una acción sin que ella exista, no podrán ser cuestionadas bajo un nuevo análisis sobre el fondo de la controversia cómo tratándose de una segunda instancia; el recurso extraordinario de anulación fue instituido con otros objetivos.

Ab initio, el recurrente confunde la finalidad para la que fue instituida la causal que consagra el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, causal que tiene operancia, o se estructura, en aquellos laudos arbitrales proferidos en relación con materias sobre las cuales es evidente que ha operado la caducidad y pese a ello el tribunal se pronuncia sobre el fondo del asunto”;

(...)

Ante esa realidad procesal, no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar si la decisión que declaró probada la excepción de caducidad planteada, fue ajustada o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal invocada, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer

*una interpretación diferente a la realizada por los árbitros, razón suficiente para rechazar la causal de anulación propuesta*²⁵.

61. Por una parte, de conformidad con la sentencia citada, el Consejo de Estado restringió la interpretación de la causal 2 de anulación a los casos en los que efectivamente haya operado la caducidad y aun así, el Tribunal se hubiese pronunciado de fondo al respecto. Ello, bajo el entendido de que la declaratoria de oficio de caducidad en un Laudo se realiza con base en la interpretación que hicieron los árbitros del derecho positivo vigente. En consecuencia, entender que la causal segunda de anulación opera en este supuesto implicaría contravenir el artículo 42 del Estatuto Arbitral, que prohíbe a la autoridad competente de conocer del recurso de anulación estudiar las valoraciones jurídicas de fondo (errores *in iudicando*) y los razonamientos hermenéuticos plasmados en el Laudo Arbitral.

62. Por otra parte, el Consejo de Estado ha considerado que esta causal fue instituida de acuerdo con el fin esencial de la caducidad, que consiste en garantizar la seguridad jurídica en cabeza de las partes eventuales de un litigio. Esta figura dota de firmeza las relaciones de derecho, mediante la institución de un término a partir del cual ya no es posible interponer una acción para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o arbitral. La caducidad opera a modo de sanción para el demandante que no interpuso su acción en un tiempo legalmente determinado²⁶, ya que este pierde la posibilidad de hacer efectivo su derecho.

63. Así, la caducidad de la acción impide al juez pronunciarse de fondo sobre una controversia, pues para emitir sentencia que ahonde en la sustancia del litigio, necesariamente deben hallarse reunidos los presupuestos procesales exigidos legalmente, dentro de los cuales se encuentra el hecho de que la demanda haya sido presentada en tiempo²⁷. Cabe aclarar, además, que la caducidad es una

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 53585.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 3 de diciembre de 2018, exp. 60716.

²⁷ Ibidem.

institución de orden público, que, en consecuencia, no es renunciable y debe ser declarada de oficio en el evento en el que resulte probada²⁸.

64. Aun conociendo la referida posición jurisprudencial de esta Corporación atinente a la lectura restrictiva de la causal 2 de anulación, la Unión Temporal presentó recurso de anulación contra el Laudo que, a su juicio, se había abstenido de decidir de fondo sobre la controversia, declarando la caducidad de la acción, pese a que esta había sido presentada en tiempo. Tal como se señaló previamente, la recurrente presentó distintos argumentos para sustentar que la causal 2 también puede aplicarse cuando la caducidad haya sido declarada indebidamente por el laudo controvertido.

65. La Sala acompaña la postura de la recurrente, pues no son de recibo los argumentos que, hasta ahora, ha esgrimido el Consejo de Estado para sustentar la inadecuación de la causal para casos como el que se estudia. A continuación, se ahondará en cada uno de ellos.

66. En primer lugar, ha aducido la jurisprudencia que, mientras que la anulación de un Laudo que decide de fondo sobre una demanda que estaba caducada responde al estudio del juez de anulación de un error *in procedendo* de la decisión, el hecho de estudiar si la caducidad estuvo legalmente declarada implica analizar un *error in iudicando* cometido por el Tribunal, en la medida en que este declaró la caducidad con base en un análisis de fondo de la controversia.

67. Se considera equivocado tal razonamiento, ya que los dos referidos juicios implicarían examinar si el Tribunal incurrió en un error del mismo tipo. Las dos hipótesis corresponden a las dos caras de la misma moneda. Ello, pues el problema jurídico corresponde al debido conteo de la caducidad por parte del juez arbitral; bien sea porque esta no haya sido declarada, estando la acción caducada, o bien porque el Tribunal se haya abstenido de pronunciar respecto de las pretensiones de la demanda, luego de haber declarado erradamente la caducidad de la acción.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 8 de febrero de 2017, exp. 49098.

68. En los dos casos se está ante un problema procesal. En el primer supuesto, el juez arbitral decide la controversia sin tener competencia para ello, en la medida en que no se reunieron los presupuestos procesales para emitir el Laudo, y en el segundo supuesto, el Tribunal ni siquiera ahonda sustancialmente en el litigio, pues declara erradamente la caducidad de la acción y se abstiene de decidir de fondo. Por lo tanto, es equivocado afirmar que en el segundo escenario se está decidiendo sobre un error *in iudicando*, pues en caso de declarar la anulación del laudo, también se debería ordenar al Tribunal resolver sustancialmente la controversia.

69. En segundo lugar, esta Corporación ha hecho énfasis en la importancia de la institución jurídica de la caducidad dentro de nuestro ordenamiento como fundamento de la causal 2 de anulación. Se comparte plenamente este razonamiento, sin embargo, la relevancia de estudiar la caducidad en cualquier proceso judicial constituye otro motivo para ampliar la interpretación de la causal 2 y entender que esta tiene cabida tanto cuando haya existido caducidad de la acción y esta no hubiese sido declarada, como cuando el Tribunal Arbitral la haya declarado en contra de la ley.

70. Es clara la grave afectación a los derechos de la convocada a un proceso arbitral en caso de que el Tribunal decida de fondo sobre un litigio cuando la acción interpuesta por la convocante esté caducada. No obstante, resulta igualmente atentatorio contra los derechos de la parte convocante que el Tribunal Arbitral declare indebidamente la caducidad, luego de haberse presentado la demanda dentro del término legal. Es palpable entonces que, en los dos casos, el ordenamiento debe propender por la protección de la seguridad jurídica y del debido proceso en cabeza de las dos partes de un proceso arbitral.

71. Así las cosas, se considera que si la ley reconoce la procedencia de una causal de anulación por haber estado la acción caducada, la coherencia del sistema debe permitir, igualmente, la anulación del laudo por la indebida declaración de caducidad.

72. Corresponde ahora detenerse en el estudio de la causal 2 de anulación, invocada por el recurrente. Por una parte, se considera que la literalidad de la causal da lugar a entender que esta es aplicable a los dos precitados escenarios.

Ello, pues el numeral 2 del artículo 41 establece que esta causal procede cuando exista *“caducidad de la acción”*, es decir que de su abierta redacción y de la falta de calificación de la caducidad no se desprende una restricción de la causal a los casos en los cuales haya sido proferido un laudo de fondo, no obstante estar caducada la acción.

73. Por otra parte, corresponde analizar el numeral 10 del mismo artículo del Estatuto Arbitral, que establece que dicha causal *“sólo podrá invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ella mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”*. Es claro para la Sala que este requisito no puede ser exigido a la parte convocante, ya que así como es lógico exigirle a la convocada que le hubiese puesto de presente al Tribunal la caducidad de la acción en su debido momento, no tiene sentido alguno que la actora hubiese interpuesto un recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, cuando esta estaba convencida de haber presentado la demanda en término. Se aclara que si el Tribunal resuelve asumir competencia para decidir de fondo sobre una controversia, la demandante no tiene interés alguno en reponer dicha decisión, pues es favorable a sus intereses.

74. De lo anterior se desprende que, en los confines del supuesto bajo estudio, la norma contenida en el numeral 10 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 corresponde a una laguna axiológica o ideológica, en la medida en que impone un requisito injusto. Precisamente, mediante el referido requisito de procedibilidad, el legislador pretendió exigir al recurrente haberle manifestado al Tribunal sus eventuales yerros antes de la emisión del Laudo. Sin embargo, en caso de una declaración indebida de la caducidad de la acción, dicha obligación no cumple el fin para el cual fue instituida.

75. De aplicarse la citada norma, se llegaría a la absurda conclusión de exigirle a la convocante haber interpuesto un recurso que, con seguridad, jamás presentó y se dejaría sin aplicación la causal de anulación que surge cuando existe un errado conteo del término de caducidad por parte del Tribunal. Así pues, de la idea según la cual las normas procesales deben interpretarse en el sentido en que tengan aplicación útil, práctica y justa, se colige que el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 41 respecto de las causales 1, 2 y 3 no resulta aplicable en el presente supuesto.

76. En conclusión, la Sala sostiene que la causal 2 de anulación también puede invocarse cuando la convocante considere que ha habido una indebida declaración de caducidad de la acción mediante el laudo arbitral recurrido. Adicionalmente, cuando se invoque la referida causal, no le será exigible al recurrente el requisito de procedibilidad contenido el numeral 10 del artículo 41 del Estatuto Arbitral, relativo a la obligación de haber interpuesto recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

77. Se considera que la expuesta interpretación de la norma se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, se cita el artículo 11 del C.G.P., ordenamiento aplicable para llenar eventuales vacíos del Estatuto Arbitral, que dispone:

“ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.

78. De la aplicación de la norma trascrita se desprende que la formulada interpretación de la norma procesal es adecuada, pues reconoce y enaltece la finalidad esencial del recurso de anulación, consistente en la protección del derecho al debido proceso en cabeza de las dos partes. En efecto, esta lectura de la norma, no solo se limita a amparar el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica de la parte convocada cuando la acción está caducada, sino que también protege los derechos de la parte convocante, que haya presentado una demanda arbitral dentro del término legal y, erradamente, el Tribunal haya declarado la caducidad de su acción y se haya abstenido de pronunciar sobre sus pretensiones.

2.5. Configuración de la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

79. Una vez aclarada la lectura de la causal 2 de anulación, le corresponde estudiar a la Sala si la misma se configuró en el caso concreto, de acuerdo con las consideraciones presentadas por el Laudo arbitral.

80. Se reitera que el Tribunal sustentó su decisión de declarar la caducidad de oficio, con base en varias sentencias recientes del Consejo de Estado²⁹, que se pronunciaron sobre el conteo de la caducidad en el supuesto estudiado. A juicio del juez arbitral, la liquidación unilateral extemporánea del contrato no debía incidir en el conteo del término de caducidad, pues si la administración no había liquidado el contrato dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para hacerla de común acuerdo, el término de caducidad habría empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento.

81. La tesis adoptada por el Tribunal ha sido sostenida, principalmente, por la Subsección C³⁰, y parcial y temporalmente por la Subsección B³¹ de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

82. A la postura acogida por el laudo recurrido se contrapone una idea divergente apoyada, en su mayoría, por la Subsección A³². Según esta segunda tesis, el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe contarse a partir del acta de liquidación bilateral o del acto administrativo de liquidación unilateral.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 18 de mayo de 2017, exp. 57864; Sentencia de 8 de junio de 2016, exp. 39665; Sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 34836; Sentencia de 16 de marzo de 2015, exp. 32797; Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29469.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 17 de septiembre de 2018, exp. 61018; Sentencia de 18 de mayo de 2017, exp. 57864; Sentencia de 8 de junio de 2016, exp. 54067; Sentencia de 28 de mayo de 2015, exp. 36695; Sentencia de 16 de marzo de 2015, exp. 32797; Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 29469; Sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 22136.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de agosto de 2018, exp. 60882; Sentencia de 5 de diciembre de 2016, exp. 37069.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 23 de junio de 2017, exp. 57287; Auto de 16 de julio de 2015, exp. 53161; Sentencia de 7 de noviembre de 2012, exp. 25915; Auto de 15 de septiembre de 2011, exp. 41154.

83. El Auto de Unificación de 1 de agosto de 2019³³ expuso las posturas disidentes del Consejo de Estado, hasta la fecha, respecto del conteo del término de caducidad en los casos en que la liquidación del contrato se haya producido después del vencimiento del término convencional o legal establecido para el efecto. La providencia unificó así el tema:

“UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último. La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna”.

84. Se destaca que el Auto citado es posterior al Laudo recurrido y que el mismo da cuenta de la falta de uniformidad jurisprudencial en esta Corporación respecto del conteo de la caducidad en el supuesto estudiado por el Tribunal.

85. En su momento, el Tribunal se adhirió a una de las tesis acogidas por el Consejo de Estado para contar el término de caducidad y concluyó que la acción había sido interpuesta fuera del término legal en virtud de dicha fórmula. De dicha idea se colige que el juez arbitral actuó conforme a derecho y, por lo tanto, no realizó un conteo indebido de la caducidad. En virtud de lo anterior, se declarará infundada la causal de anulación interpuesta.

2.6. Sobre la condena en costas y las agencias en derecho

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 1 de agosto de 2019, exp. 62009.

86. Toda vez que el recurso de anulación se declarará infundado, resulta aplicable el último inciso del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, según el cual, si este recurso no prospera, se condenará en costas al recurrente, salvo que la anulación haya sido presentada por el Ministerio Público.

87. Al ser esta sentencia la decisión de un recurso extraordinario de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, en materia de la liquidación de las costas, le es aplicable el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, que establece que, en la sentencia que resuelva el recurso de anulación *“se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”*.

88. Se aclara que debe preferirse la aplicación del Estatuto Arbitral frente al Código General del Proceso, en la medida en que el Estatuto es el ordenamiento especial en la materia. En relación con el recurso de anulación, la Ley 1563 de 2012 establece sus generalidades, las causales del recurso, su trámite, los efectos de la sentencia de anulación y la competencia para conocer del mismo.

89. La Sala fijará las agencias en derecho en una suma equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esa decisión. Ello, ya que, por una parte, está acreditada la intervención del apoderado de la convocada, quien se opuso a la prosperidad del recurso extraordinario y, por otra, no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales, ni se observan otros gastos.

90. La Sala estima las agencias en derecho en la referida cuantía, con base en el artículo 5 (numeral 9) del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que establece que las tarifas de agencias en derecho para el caso de recursos extraordinarios serán *“entre 1 y 20 S.M.M.L.V.”*. Dicho Acuerdo resulta aplicable al caso concreto en la medida en que según su artículo 7, este rige respecto de los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016 y la demanda arbitral se interpuso el 11 de agosto de 2016.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del Laudo Arbitral de 10 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre la Unión Temporal del Sur Occidente 2 y la Fiduciaria la Previsora S.A., en el marco del Contrato de Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 1122-08-08.

SEGUNDO: FIJAR agencias en derecho en contra de la Unión Temporal del Sur Occidente 2 por la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal Arbitral por conducto de la Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA