

RECURSO DE ANULACION - Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo / COMPETENCIA - Consejo de Estado. Sección Tercera / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Entidades Estatales

La Sección Tercera ratificará una vez más la tesis que desde hace ya bastante tiempo se sostiene, según la cual, el juez de los recursos de anulación, donde son parte las entidades estatales, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia del régimen jurídico sustantivo que rige el contrato. Esta idea se ha aplicado a distintas entidades estatales, de las cuales las regidas por la ley 80 no han ofrecido discusión académica ni jurisprudencial, pero tratándose de las que se gobiernan por el derecho privado han dado lugar a algunos debates, que en los últimos años han cesado. Para el caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998. En estos términos, por el simple de hecho de poseer esa naturaleza, su juez tanto para los procesos ordinarios –salvo lo previsto en la ley 1107 de 2006- como para el recurso extraordinario del cual se ahora se conoce, es el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CONTRATOS ESTATALES REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO - Régimen de las causales de anulación aplicables

Se tiene que, según el régimen jurídico especial que gobierna a las empresas sociales del Estado, ellas aplican, en materia contractual, el derecho privado, según lo establece el art. 195 de la ley 100 de 1993. De lo anterior se sigue que las causales de anulación del laudo, que aplican en el presente proceso, corresponden a las previstas en el Decreto 1.818 de 1998, es decir, las del derecho privado, no las que contemplaba el art. 72 de la ley 80 de 1993, que por demás quedó modificado por el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007. En esta perspectiva, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Sección, según la cual, tratándose de entidades estatales regidas por el derecho privado –entidades excluidas de la ley 80-, en materia contractual, las causales de nulidad de los laudos son las que contempla dicho régimen jurídico.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las causales de nulidad de laudos relacionadas con entidades estatales regidas por el derecho privado, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 24 de 2006, exp. 31.024.

RECURSO DE ANULACION - Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / JUSTICIA ARBITRAL - Presupuestos para su funcionamiento / PACTO ARBITRAL - Modalidades

Se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia. Ahora, entre los requisitos constitucionales para el funcionamiento del arbitramento, también se encuentra la habilitación de las partes para dicho efecto, de allí que la ley que implementara este sistema de administración de justicia debía conservar esa

condición constitucional. Dos ideas se deducen de esto: Una, que sólo las partes del conflicto pueden acordar la exclusión del juez natural de las controversias, con el fin de acercarse al arbitramento, lo cual hacen a través de la suscripción de un pacto arbitral, que adopta dos modalidades: cláusula compromisoria o compromiso. En este orden, los terceros no pueden ser llevados a un proceso de estos, por falta de voluntad manifestada en tal sentido. Por el contrario, las partes quedan vinculadas al mecanismo libremente acordado, porque deben cumplir los pactos que suscriben. La otra, que ni siquiera la ley puede obligar a las partes de una controversia contractual a dirimir sus conflictos a través de tribunales de arbitramento, porque en tal caso no serían ellas quienes lo consienten, sino el legislador quien lo impone, vulnerando la norma constitucional, que admite este sistema alternativo de solución de diferencias, pero sobre la base del deseo compartido de los eventuales litigantes. Este límite que le impone la Constitución Política al legislador –para el momento en que decidiera implementar el sistema judicial alternativo del arbitramento- refleja la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en los negocios, y sobre todo en la escogencia del juez de sus conflictos. De esta forma, hasta la voluntad de las partes quedó protegida frente a la libre configuración que el legislador suele tener del ordenamiento jurídico.

RECURSO DE ANULACION - Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / PROCESOS ARBITRALES - Régimen procesal aplicable / NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES - No son excluyentes / CADUCIDAD - Acción contractual

En este orden de ideas, el primer aspecto a definir es el régimen procesal aplicable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta que la caducidad es el asunto que origina este debate. La respuesta a esta pregunta involucra una combinación de normas, que deben armonizarse adecuadamente, de la siguiente manera. En primer lugar, no debe perderse de vista que el hecho de que un contrato se rija por el derecho público o por el privado no incide en la solución a este problema –como lo sugieren los árbitros en el laudo, e igualmente Fresenius. En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad. Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1.150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial. Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales. En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de

juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato. Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10. Ahora, en cuanto a las reglas procesales que regulan la forma como se adelanta el proceso arbitral, el tribunal de arbitramento se debe atener a las previstas en el decreto 1818 de 1998, el cual se ocupa –con gran detalle- de la conformación del tribunal y de su puesta en funcionamiento –trámite prearbitral-.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen procesal de los tribunales de arbitramento, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 22 de 2009, exp. 35.564.

ACCION CONTRACTUAL - Declaratoria de existencia o inexistencia del contrato - TERMINO DE CADUCIDAD - Cómputo

Esta norma [art. 136 CCA] ofrece una dificultad adicional para resolver el caso concreto, ya que ninguno de los supuestos hace referencia a la declaración de existencia o de inexistencia del contrato estatal. No obstante, es necesario definir cuál es el término de caducidad aplicable. La Sala observa ahora que no existe regla concreta, en el art. 136.10, sobre el momento a partir del cual se empieza a contar dicho término, para el caso sub iudice. Pero este problema no es exclusivo de la declaración de inexistencia del contrato, sino incluso de la de existencia –que expresamente el art. 87 CCA. admite formularla-. No obstante, de allí no se infiere que no exista término de caducidad para la pretensión contractual, pues la norma sí lo contempla. Lo que no tiene regla precisa es la determinación del momento a partir del cual se debe contar ese plazo –el dies a quo-, que es algo diferente. Ubicados en este contexto problemático -que debió resolver el tribunal, pero que no lo hizo porque consideró que las normas de caducidad del CCA. no aplican en materia arbitral-, la Sala considera que el precepto que regula el caso más parecido es la que se define para la nulidad del contrato, y que regula el literal e). Esta es la norma que regula el caso más parecido a la pretensión de inexistencia, porque tanto en la nulidad como en la (in)existencia el juez hace un estudio del contrato mismo –básicamente de sus elementos, con dosis de legalidad estricta-, y por eso debe regir la forma de contabilizar el término para la formulación oportuna de la pretensión de existencia o de inexistencia de un negocio. Los demás supuestos de caducidad del numeral 10 del art. 136 regulan aspectos diferentes, y por eso la Sala no los encuentra semejantes al de la inexistencia o existencia del contrato.

JUSTICIA ARBITRAL - Falta de competencia / INCOMPETENCIA - Porque el Tribunal de Arbitramento se pronunció cuando había operado la caducidad de la acción / CAUSAL DE ANULACION CONSAGRADA EN EL NUMERAL 8 DEL ARTICULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Configuración

Con fundamento en esto, si el contrato analizado era de “cesión de la participación” de un miembro de una Unión Temporal en este negocio, entonces, el plazo de caducidad se debe contar desde que se celebró, esto es, desde el 12 de julio de 2002. Incluso, y sólo en gracia de discusión, puede admitirse que como este contrato era de ejecución instantánea, la caducidad -bajo este supuesto- correría “... a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;” –art. 136, num. 10. lit. a)-. Y ante esto se llegaría a la misma conclusión bajo esta hipótesis. Como en ese momento el actor dijo conocer el contrato que lo involucraba, debió demandar su

inexistencia dentro de los dos años siguientes –inexistencia que, por cierto, no era obvia; Fresenius participó de la negociación previa (es decir en los tratos preliminares) y también tuvo en sus manos el contrato firmado por las demás partes del negocio, a la espera de que lo suscribiera-. En consecuencia, el término venció en enero de 2005, momento en el que no había ejercido la acción contractual, la cual sólo presentó el 12 de enero de 2006. En estos términos, como había caducado la acción, el tribunal de arbitramento no podía resolver la controversia planteada por Fresenius, al carecer de competencia para hacerlo, incurriendo en el vicio de anulación previsto en el numeral octavo del art. 163 del decreto 1818 de 1998, por haber resuelto asuntos no sujetos a su decisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, DC., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004)

Demandante: HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.

Referencia: RECURSO DE ANULACION

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por Hospital El Tunal E.S.E., contra el laudo arbitral proferido el 19 de mayo de 2009, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la Empresa Fresenius Medical Care SA. -en adelante Fresenius- y el Hospital El Tunal ESE, con ocasión de un contrato de cesión de la participación en la Unión Temporal denominada “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas” por parte del Hospital El Tunal E.S.E. en favor de Fresenius Medical Care SA., suscrito el 12 de junio de 2002.

ANTECEDENTES

1. La cláusula compromisoria.

Se encuentra pactada en el contrato de cesión suscrito el 12 de junio de 2002, en el acuerdo octavo, según la cual:

“OCTAVA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan entre las partes con ocasión de la ejecución del presente contrato, serán solucionadas por un Tribunal de Arbitramento, para

cuya composición y funcionamiento se sujetará a la ley y a las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”

2. La demanda arbitral.

Fresenius solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 12 de enero de 2006, la convocatoria a un tribunal de arbitramento – fls. 1 a 26, Cdno. 1-. Los hechos que fundamentaron sus pretensiones son los siguientes:

a) El 24 de julio de 2001 se constituyó la Unión Temporal “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas” –en adelante UT- , a efectos de presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de arrendamiento de los bienes donde funciona la Clínica Fray Bartolomé de las Casas.

b) Entre los miembros de esa Unión Temporal se encontraba el Hospital El Tunal, a quien el Concejo Distrital y la Personería le cuestionaron la decisión de hacerse parte en ese proyecto, por ausencia de estudios jurídicos y financieros que recomendaran esa decisión.

Finalmente, el primero de octubre de 2001 se celebró el contrato aludido, con el Fondo Financiero Distrital de Salud.

c) Posteriormente, algunos miembros de la UT se acercaron a FRESENIUS para proponerle que reemplazara al Hospital El Tunal en la UT, por medio de una cesión de la participación de éste en el contrato. No obstante, el representante legal de Fresenius no suscribió la cesión que se le proponía, pese a que sostuvo conversaciones sobre el tema con los directivos de la UT, de la Secretaría Distrital de Salud y del Fondo Distrital de Salud.

d) Pese a lo anterior, existe un documento de 12 de julio de 2002, donde consta la cesión de la participación del Hospital El Tunal a Fresenius Medical Care, suscrito por estos, pero resulta que la firma de su Representante legal fue falsificada.

e) El 26 de septiembre de 2002 el Fondo Financiero Distrital de Salud autorizó la cesión de la participación del Hospital El Tunal a Fresenius, por solicitud de los directivos de la UT, no por gestión de Fresenius.

f) Estos hechos los ignoraba el actor, pero en enero de 2003 los conoció, y por ello presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación -por falsedad de la firma y fraude procesal-, y los puso en conocimiento del Fondo Distrital de Salud. De hecho, el dictamen grafológico ordenado por la Fiscalía concluyó que la rúbrica o firma del contrato de cesión era una “imitación”. No obstante, el proceso precluyó, por falta de claridad sobre el autor.

g) Con fundamento en lo anterior, Fresenius solicitó al Fondo Distrital que revocara la autorización de la cesión, lo cual no fue posible, pues la entidad adujo que no era competente para determinar la falsedad o autenticidad de la firma del contrato de cesión.

h) Esta situación ha generado muchos perjuicios al actor, toda vez que la UT ha sido demandada en muchas ocasiones –por incumplimiento de obligaciones-, lo cual afecta a todos los que figuran como sus miembros, entre ellos Fresenius, quien no suscribió el contrato de cesión.

Con fundamento en lo expuesto se solicitó al tribunal:

“PRIMERA.- Se declare que el contrato de cesión de la participación del Hospital El Tunal a Fresenius Medical Care SA. en la Unión Temporal Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas de fecha 12 de julio de 2002 es INEXISTENTE por falta de la voluntad o consentimiento legítimamente declarado de parte de Fresenius Medical Care SA., toda vez que la firma del representante legal de Fresenius que en el citado contrato aparece fue falsificada.

“SEGUNDA.- Que como consecuencia de lo anterior se declare que el Hospital El Tunal ESE está obligado a restituir a Fresenius Medical Care SA. todos los costos legales asumidos y todas las sumas pagadas por ésta –con sus correspondientes actualizaciones- como consecuencia de las reclamaciones y demandas judiciales en las que ha sido involucrada en lugar de la parte demandada, lo mismo que el reconocimiento de todos los perjuicios –daño emergente y lucro cesante- causados con el embargo de su razón social y la afectación al buen nombre de la compañía.

“TERCERA.- Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene al Hospital el Tunal ESE el pago de la suma de... (800'000.000), o lo que pericialmente quede determinado en el trámite de este proceso, por concepto de las sumas pagadas y costos legales asumidos por Fresenius por las reclamaciones y demandas judiciales en las que ha sido involucrada en lugar del Hospital El Tunal. La cifra mencionada en esta pretensión es un estimado aproximado. Desde ya nos reservamos el derecho de

modificar su monto de acuerdo con lo que quede debidamente demostrado en el transcurso de este arbitramento.

“CUARTA.- Que se condene al Hospital El Tunal ESE a pagar a la sociedad que represento las sumas de dinero que pericialmente resulten determinadas por concepto de los perjuicios a mi mandante causados con ocasión del embargo de su razón social, lo mismo que la afectación a su buen nombre, como consecuencia de los innumerables problemas judiciales que le trajo su injusta vinculación a la Unión Temporal... por virtud del supuesto contrato de cesión objeto de este proceso.

“QUINTA.- Que se condene al Hospital El Tunal ESE, a pagar las costas y gastos de este proceso judicial.”

3. Contestación de la demanda.

El Hospital El Tunal ESE respondió la demanda, oponiéndose a las pretensiones.

En la *primera parte* de su escrito se refirió a la posición que la convocante expresó frente a la decisión del Tribunal de Arbitramento, ante al recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda –fls. 164 a 181, cdno. ppal No. 1-.

En esencia, se trató de una reposición que cuestionó los mismos aspectos que constituyen el recurso de anulación –pero que ahora aprovechó para responder los argumentos que expuso la parte convocante contra dicho recurso-, y que se desarrollarán más adelante, de allí que es innecesario reproducir ahora lo que en detalle se comentará luego con más propiedad. Por lo pronto, se advierte que hizo referencia a: i) la inexistencia de la cláusula compromisoria, ii) La universalidad de la cláusula arbitral, iii) falta de jurisdicción para pronunciarse sobre un acto administrativo, iv) la derogatoria de la cláusula compromisoria y v) la caducidad de la acción.

En la *segunda parte* del escrito se refirió a los hechos. Básicamente negó la ocurrencia de algunos; se atuvo a lo probado en el proceso, frente a otros; dijo desconocer algunas afirmaciones de la convocante; y otras las respondió de fondo, con el ánimo de rechazar la idea de que el contrato no existió.

La posición frente a este último grupo de hechos, se resume en que el representante legal de Fresenius sí hizo parte de las negociaciones tendientes a definir la cesión de la participación que el Hospital el Tunal tenía en la Unión

Temporal que ejecutaba el contrato de arrendamiento de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas.

Para justificar esto se sirve de declaraciones y de indicios, con los que muestra que el representante legal de Fresenius dio lugar a que surgiera el contrato de cesión, pues: no rechazó claramente su interés de hacerlo; además de que recibió la minuta del contrato de cesión, firmada por las otras partes del negocio, y guardó silencio frente a ella; y remitió a la Secretaria de Salud información de la empresa para que se viabilizara y autorizara la cesión, en su favor, del contrato.

Finalmente, propuso las excepciones de “culpa exclusiva de la víctima”, fundada – entre otras razones- en que la firma del contrato de cesión –que la convocante niega que sea la suya-, en el peor de los casos fue autorizada por el representante legal de Fresenius, ya que recibió la minuta firmada por la Unión Temporal y no puede luego alegar que inexplicablemente quedó suscrita, cuando ni siquiera regresó el documento a quienes se lo enviaron. Además, recuérdese que el representante de Fresenius –así como su abogado- sostuvieron una fluida relación precontractual, que permite inferir que aceptó el negocio de cesión. Esta excepción la funda, especialmente, en las pruebas que obran en la investigación penal que se realizó por el delito de falsedad.

A esta excepción agrega que si no fueran suficientes los anteriores argumentos, entonces la firma falsa sobre el contrato de cesión se debió a la negligencia de Fresenius, como quiera que el descuido con que se comportó en la negociación condujo a esta situación.

También excepcionó por el “hecho exclusivo de un tercero”, al decir que si alguien cometió el delito de falsedad sobre el contrato de cesión no fue el Hospital el Tunal, sino otra persona, y que bien pudo ser el representante de la Unión Temporal, u otro de quienes participaron en las negociaciones aludidas –fl. 474, cdno. Ppal.-.

4. Laudo arbitral.

El 19 de mayo de 2009 el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo -fls. 166 a 273, Cdno. Ppal.-.

4.1. En la primera parte de la providencia analizó la competencia, en los siguientes términos:

a) *Sobre la falta de jurisdicción y competencia* expuso –según lo indicó en el auto que declaró la competencia- que la cláusula octava del contrato contempla el pacto arbitral, el cual es válido y existe pese a que el acuerdo contractual donde se encuentre sea nulo o inexistente, y así lo establece el art. 116 del decreto 1818 de 1998, declarado exequible por la Corte Constitucional.

En este horizonte, pese a que la convocante solicita la declaración de inexistencia del contrato, no es un contrasentido que actúe así, pues ello no arrastra la cláusula compromisoria, en virtud de la autonomía que tiene -fls. 200 a 205, cdno. Ppal.-.

b) *Sobre el alcance de la cláusula compromisoria, cuyo acuerdo sólo incluye los conflictos derivados de la ejecución del contrato*, señaló que tampoco prosperaba, porque la ejecución del mismo, para los efectos de la cláusula compromisoria, también abarca el estudio de los elementos de formación del negocio jurídico. En otras palabras, la habilitación para conocer de los conflictos derivados de la ejecución faculta a los árbitros para decidir sobre la existencia de aquél, siendo impensable lo uno sin lo otro.

Agrega que “... en ella, se apoya el Tribunal para aseverar que la cláusula compromisoria que ha dado lugar al presente trámite arbitral se extiende a las controversias suscitadas en relación con el contrato de cesión, lo cual permite someter a su decisión todas las diferencias pre- o post- contractuales conexas entre sí, independientemente de que aquél contrato hubiese finalizado, es decir, que incluye las originadas con motivo o con ocasión del mismo, independientemente del momento en que tuvieron nacimiento, con la única condición de estar vinculada su génesis al contrato, motivo de la controversia.” –fl. 210, cdno. Ppal.-.

c) *Afectación al acto administrativo*. También negó este argumento de la parte convocada, porque la actora no demandó el acto administrativo que autorizó la cesión; luego el tribunal no se iba a pronunciar acerca de su validez o de sus efectos.

Agregó que si se declara la inexistencia del contrato nada le pasaría al acto administrativo que autorizó la cesión, porque sencillamente las cosas volverían a ser tal como estaban antes de dicha autorización, es decir que el miembro de la UT sería el Hospital el Tunal, a quien la entidad contratante del contrato de arriendo ya conocía –fls. 211 a 217-.

d) Sobre la caducidad de la acción, también negó que fuera de 2 años, como lo sugirió la convocada, porque en los procesos arbitrales no se regula la caducidad de la acción, por esto aplica la contemplada en el régimen jurídico que gobierna el contrato; en consecuencia, si el negocio de cesión se rigió por derecho privado – pues a los hospitales públicos se aplican estas normas-, en consecuencia la caducidad no es la que consagra el Código Contencioso Administrativo –fls. 217 a 221-.

e) Sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, por parte de Fresenius, porque con anterioridad presentó una demanda contractual ante la justicia civil, pidiendo la nulidad absoluta del mismo contrato, señaló que no prosperaba, porque ese proceso fue anulado, por falta de jurisdicción, y en gracia de discusión, porque lo pedido allí fue la nulidad, mientras que aquí se pidió la declaración de inexistencia, pretensiones que no coinciden –fls. 221 a 225-.

4.2. La segunda parte del laudo se ocupó del fondo del asunto, previo estudio de las objeciones por error grave al peritazgo –las cuales se desestimaron-

Concluyó que la firma puesta sobre el contrato de cesión, en nombre del representante de Fresenius, era falsa, tal como lo demostraron varios estudios grafológicos –incluido el practicado en el proceso penal que por falsedad en documento privado se adelantó por denuncia de Fresenius-.

Como consecuencia de esta decisión, declaró que el contrato de cesión no existió, pues la voluntad de una de las partes no se dio. Incluso, analizó si acaso de la conducta precontractual de Fresenius se infería su deseo de celebrar el negocio, a lo cual respondió que no, por varias razones: porque no concluyó el negocio que se le propuso –pese a que participó de algunas discusiones-, y porque fue un tercero quien pagó el dinero a que se comprometía en el contrato de cesión, y esto muestra que no quería el negocio.

En cuanto a las pretensiones indemnizatorias, las negó porque no se probó el daño sufrido.

Y sobre las excepciones propuestas por el Hospital el Tunal, señaló que no prosperaba la de “culpa exclusiva de la víctima”, en atención a que era claro que la firma del contrato de cesión no fue puesta por su representante legal, ni hay prueba que acredite que hubiera dado lugar a que alguien, bajo su responsabilidad, lo hiciera.

En cambio, la excepción de “hecho exclusivo de un tercero” consideró que debía prosperar, porque no fue la convocada quien dio lugar a los hechos –fls. 225 a 266-.

5. El recurso de anulación, los alegatos de Fresenius y el concepto del Ministerio Público.

Dada la variedad de argumentos propuestos por el recurrente, incluidos los matices y las explicaciones puntuales en lo que atañe a cada causal de anulación, en este apartado se resumirán los cuestionamientos contenidos en dicho recurso -distinguiendo cada criterio propuesto-; seguido, inmediatamente, y frente a cada punto cuestionado, de la posición que respecto al mismo adoptó la parte actora; para señalar luego, con igual metodología, el concepto que ante ellos tiene el Ministerio Público, todo con la finalidad de ofrecer claridad en el tema, gracias a la inmediatez que produce la apreciación que todos los actores tienen sobre un mismo punto.

En tal sentido, se tiene que el 2 de junio de 2009, el Hospital el Tunal ESE., interpuso el recurso de anulación -fl. 306, Cdn. Ppal.-, invocando las causales contempladas en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del art. 163 del decreto 1818 de 1998. Sin embargo, al sustentarlo sólo se ocupó de las causales No. 1, 6 y 8 – fls. 319 a 416, cdno. ppal.-, es decir:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
(...)”

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

“8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

De allí que como no se sustentaron las causales 2, 4, 5, 7 y 9 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, no pueden estudiarse. Hecha esta precisión, se comentarán las causales transcritas, con las respectivas posiciones frente a ellas, según ya se indicó –y usando los títulos que a cada tema le puso el recurrente, pues a esa metodología se acogieron las otras partes del proceso-.

5.1. La cláusula arbitral con base en la cual los árbitros asumieron competencia está pactada en un contrato declarado inexistente porque la parte convocante no lo suscribió. -Causales 1 y 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998: a) “La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo” (causal 1 del art. 163 del decreto 1818 de 1998), y b) “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido” (causal 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998)-.

a) Argumentos del recurrente. Para sustentar ambas causales el recurrente afirma que el laudo es nulo porque el conflicto se basa en un contrato de cesión, el cual fue declarado inexistente por el tribunal de arbitramento, de manera que la cláusula compromisoria pactada no podía producir el efecto de autorizar a los árbitros para resolver esta controversia.

Admite, de conformidad con el art. 118 del decreto 1.818 de 1998, que la cláusula compromisoria es autónoma, y por esto la validez o inexistencia del contrato no la afecta; pero considera que en el caso concreto la situación es distinta, porque el laudo declaró que el contrato no fue suscrito por Fresenius Medical Care Colombia SA., en consecuencia, mal podría ser llevado ante un tribunal de arbitramento, cuando es evidente que el negocio jurídico no existió, toda vez que él no lo suscribió. En este sentido, sostiene:

“Lo que no puede ocurrir es que se afirme que no se suscribió el contrato, lo que quiere decir que nunca se otorgó el consentimiento para

habilitar a los árbitros y se pretenda prevalerse de una habilitación que el convocante nunca otorgó.” –fl. 326, cdno. Ppal.-
(...)

“En este caso se solicitó la convocatoria de un tribunal con fundamento en una cláusula compromisoria contenida en un contrato que se afirma no haber sido celebrado por la parte que solicita la constitución del Tribunal. En este caso, lo que dicha parte manifestó es que no dio su consentimiento, es decir, que no habilitó la constitución de un Tribunal de Arbitramento...” –fl. 331, cdno. Ppal.-

En estos términos, considera que los anteriores argumentos configuran la nulidad del laudo, por la causal primera citada; pero solicita que, de no estimarlo así la Sala, se estudien los mismos argumentos a la luz de la causal 8, porque “... el laudo recae ‘sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley.’ ” –fl. 332, cdno. Ppal.-

b) Posición de la parte convocante. Rechaza los argumentos del recurrente, destacando: i) que el parágrafo del art. 116 del decreto 1818 de 1998 establece que los tribunales de arbitramento pueden conocer de la validez o la existencia del contrato donde consta la cláusula compromisoria, y declarar su nulidad o inexistencia, sin que se afecte la cláusula misma. Esta idea la apoya en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que declaró exequible esa norma, de manera que a ello debe atenerse la Sala –fls. 422 a 438-. ii) De otro lado, se apoya en el principio conocido como *Kompetenz-Kompetenz*, según el cual, los árbitros conocen de su propia competencia, y se pronuncian sobre ella.

c) Concepto del Ministerio Público. Considera que no debe prosperar la solicitud de anulación, por la causal primera del art. 163 del decreto 1818 de 1998, porque la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del art. 116 del mismo decreto, que establece la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre la validez o la existencia del contrato, sin que se afecte la cláusula compromisoria –fls. 500 a 504-.

5.2. La cláusula arbitral sólo abarcaba los conflictos derivados de la ejecución del contrato, no los de su celebración -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-.

a) Argumentos del recurrente. Sostiene que la cláusula compromisoria del contrato de cesión sólo tenía por objeto resolver las diferencias que surgieran durante la “ejecución” del contrato, no con ocasión de la “celebración” del mismo, por ello los árbitros, al resolver un conflicto relacionado con la existencia del negocio jurídico, actuaron sin competencia, en lo términos prohibidos por la causal octava del art. 163.

Añade que es claro que los árbitros sólo adquieren competencia para resolver los conflictos sobre los cuales las partes les asignan potestad jurisdiccional, y en el caso concreto se limitó la delegación judicial a las controversias derivadas de la ejecución del negocio jurídico, no a otros aspectos, como extensivamente lo entendió el tribunal, razón por la cual se pronunciaron sobre temas no sujetos a su decisión –fls. 20 a 27-.

b) Posición de la parte convocante –fls. 438 a 442-. Sostiene que esta causal de anulación no se encuentra entre las que contempla la ley. Y agrega que en materia arbitral el principio de la “universalidad” rige la interpretación de las cláusulas compromisorias, en virtud del cual todo conflicto se entiende incluido en la cláusula compromisoria, salvo pacto en contrario.

Además, “... la ejecución del contrato, como su nombre lo indica, involucra todas las etapas del acuerdo de voluntades, desde el momento mismo en que inician los acuerdos preparatorios y su celebración hasta la terminación del mismo.” –fl. 440-. Con este argumento señala que en la expresión ejecución del contrato -contenida en la cláusula compromisoria- caben los conflictos relacionados con la existencia del negocio o su celebración.

Finalmente, solicita que la cláusula arbitral se interprete de la manera que más efectos produzca -o mejor, en el sentido en que los produzca-, y no en el que no los tenga, como lo ordena el art. 1.620 del Código Civil. Por tanto, “Esto reafirma el hecho de que el pacto arbitral aquí invocado incluye cualquier controversia derivada de la celebración del contrato.” –fl. 441-

c) Concepto del Ministerio Público. Luego de analizar la cláusula compromisoria, señaló que, efectivamente, sólo contemplaba la posibilidad de discutir los asuntos relacionados con la ejecución del contrato, no así las

controversias referentes a la existencia del negocio. Por esta razón, la causal debe prosperar –fl. 509-.

Ahora, sobre el deber que surge para la Sección Tercera de corregir o adicionar la providencia, como consecuencia de prosperar esta causal de anulación, señala que como el laudo se anula en su integridad, no habría lugar a dictar providencia en tal sentido.

5.3. Renuncia a la cláusula arbitral -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-.

a) Posición del recurrente. La misma causal se afirma violada, pero esta vez porque FRESENIUS había demandado ante la justicia ordinaria, solicitando la declaración de nulidad del contrato de cesión, frente a lo cual el Hospital el Tunal contestó, sin oponerse o excepcionar la existencia de la cláusula compromisoria. Este comportamiento –agrega- configuró lo que jurisprudencialmente se conoce como la renuncia tácita al acuerdo compromisorio, de manera que ya no era posible presentar esta demanda arbitral, solicitando la declaración de inexistencia del contrato.

Ahora, precisa que si bien es cierto en la justicia ordinaria se declaró la nulidad de lo actuado –a solicitud de la misma parte actora, alegando falta de jurisdicción, como quiera que una de las partes era una entidad pública (el Hospital)-, eso no afectó la renuncia a la cláusula compromisoria, porque mientras hubo proceso civil desapareció la cláusula –se derogó-, sin importar la suerte que al final corrió el proceso –fls. 345 a 350-.

b) Posición de la parte actora –fls. 438 a 442-. Desmintió la renuncia a la cláusula compromisoria, apoyado en dos razones: i) porque lo demandado ante la justicia ordinaria tenía como pretensión la declaración de nulidad del contrato; en cambio, ante el tribunal de arbitramento se solicitó que se declare la inexistencia del negocio jurídico. En este sentido, agregó que la derogatoria tácita opera sólo para el caso debatido, de allí que no afecta litigios futuros, de donde se infiere que el pleito *sub iudice* no se afectó por la conducta anterior. ii) de otro lado, sostiene –en gracia de discusión- que el proceso ante la justicia civil tampoco surgió, porque

“... no fueron notificados todos los demandados...”, y porque la demanda fue rechazada –fl. 446, cdno. ppal.

c) Concepto del Ministerio Público. Considera que Fresenius no renunció a la cláusula compromisoria, porque la demanda que presentó ante la justicia ordinaria pretendía la declaración de nulidad del contrato, mientras que ante los árbitros solicitó la inexistencia del negocio. Además, aquél proceso fue anulado, por falta de jurisdicción, luego no hubo decisión –fls. 511 a 512-.

5.4. Caducidad de la acción contractual -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-.

a) Posición del recurrente. Defiende la idea de que el contrato de cesión tiene la naturaleza de estatal, porque una de las partes es un hospital público – E.S.E.-, luego se trata de una entidad descentralizada. Por esta razón, la acción para atacar el contrato es la contractual, contemplada en el Código Contencioso Administrativo, que tiene una caducidad de dos años.

La Sala advierte, sin embargo, que el recurrente no explica con claridad cómo se cuentan los dos años -que según él ya trascurrieron-, pero hace referencia concreta a que la demanda se debió presentar dentro de los 2 años siguientes al motivo o hecho que sirvió de fundamento para la convocatoria –fl. 361-.

Por esta razón –sostiene-, el laudo recayó sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento; si había caducado la acción no era posible que el tribunal se pronunciara sobre el conflicto –fl. 363, cdno. Ppal.-.

b) Posición de la parte actora. En primer lugar, precisa que esta casual no encaja en las que contempla el Decreto 1818 de 1998. Luego indica –ya sobre el tema de fondo-, que la norma sobre caducidad de la acción contractual, regulada en el art. 136 del CCA., no es aplicable al proceso arbitral, pues este se rige por las normas del derecho privado.

Esta idea la apoya en textos de doctrina nacional que tratan el tema –e incluso en jurisprudencia de esta Sección, que afirma, defienden su posición-, y de la cual deduce que los juicios arbitrales son diferentes a los de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, de manera que las normas del CCA. "... son ajenas al trámite arbitral (sic) sino que también en nuestro ordenamiento legal no está permitida la aplicación analógica en materia de sanciones..." –fl. 453-

También advierte que el art. 195 de la ley 100 de 1993 establece que el régimen jurídico de los contratos de las Empresas Sociales del Estado es el derecho privado, por tanto, "... en materia de contratación... se someterán a las normas del derecho privado y están sujetas a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas del derecho privado y no al derecho administrativo." –fl. 454-

c) Concepto del Ministerio Público. Comparte la posición de la parte recurrente, es decir, considera que la acción contractual estaba caducada cuando se presentó la demanda, pues el contrato de arrendamiento de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas –el mismo que se cedía parcialmente- se celebró el 12 de julio de 2002, y para el 13 de enero de 2003 Fresenius ya conocía del problema que ahora resolvió el tribunal de arbitramento, en consecuencia, si la demanda se presentó el 12 de enero de 2006, habían transcurrido más de dos años desde el momento en que conoció de los hechos.

Esta circunstancia, por tanto, configura la causal de haber conocido de un asunto no sujeto a decisión de los árbitros.

5.5. Falta de competencia para decidir la controversia, por la no vinculación al proceso arbitral del Fondo Distrital de Salud -causal 8: "Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"-.

a) Posición del recurrente. Otro defecto del laudo consiste en que las partes del proceso arbitral fueron las mismas del contrato de cesión, esto es: el Hospital El Tunal y Fresenius; no obstante, el conflicto que subyace en él afectaba al de arrendamiento –que es el cedido- y por ende es obvio que el contratante de ese negocio -es decir, la entidad pública denominada Fondo Financiero Distrital de Salud- resultaba afectado con la decisión que se adoptara, como quiera que si su contratista era una unión temporal, de la cual hacía parte el Hospital el Tunal, y resulta que esta cedió el contrato, se debió vincular al proceso al Fondo Distrital, en calidad de litisconsorte necesario.

Agrega que con la expedición de ese acto administrativo, la empresa Fresenius adquirió la calidad de miembro de la Unión Temporal contratista, de allí que al declarar la inexistencia del contrato de cesión se modificó el de arrendamiento de la Clínica, lo cual no era posible, porque sustituyó a una de las partes del mismo – a los miembros de la Unión temporal-, para lo cual los árbitros carecían de competencia.

Ahora, el otro problema es que el Fondo Distrital no suscribió el contrato de cesión, luego no hizo parte de la cláusula compromisoria, y por esa razón el tribunal tampoco podía tomar una decisión que lo vinculara, como en efecto acontece ahora con el laudo dictado, toda vez que los árbitros cambiaron los miembros de la unión temporal contratista.

Concluyó el recurrente señalando: “... En el caso contrario el proceso arbitral debe darse por terminado, porque los árbitros carecen de competencia para resolver un conflicto en tanto que las partes involucradas en el mismo no les otorguen la correspondiente habilitación.” –fl. 370, cdno. Ppal.-.

En esta perspectiva, para asumir esta defensa, era necesario vincular al trámite arbitral -en calidad de litisconsortes necesarios- al Fondo Distrital de Salud y a los cinco miembros de la Unión Temporal.

b) Posición de la parte actora. Niega que fuera necesario vincular al proceso al Fondo Distrital de Salud, pues al no ser parte del contrato de cesión, entonces no existía un litisconsorcio que conformar. En realidad, lo que busca el recurrente es reabrir un debate que no procede a través del recurso de anulación.

Para explicarlo, distingue el contrato de arrendamiento de la clínica –celebrado entre el Fondo Distrital de Salud y la Unión Temporal-, del contrato de cesión que celebró uno de los miembros de esa Unión temporal contratista –el Hospital el Tunal- con la empresa Fresenius, de modo que se está ante contratos distintos, “Así las cosas, el contrato de cesión impugnado se concretaba a un acuerdo en el que el Fondo Financiero Distrital de Salud es un tercero absolutamente ajeno a dicha relación contractual.” –fl. 482, cdno. ppal.-

Culmina señalando que la autorización que dio el Fondo Distrital, para la cesión, no lo convirtió en parte del contrato de cesión, y por ello no era necesario vincularlo al proceso arbitral.

c) Concepto del Ministerio Público. Desestima este cargo, porque el Fondo Distrital de Salud no era parte del contrato de cesión, no obstante que autorizó al cedente y al cesionario para celebrar el negocio –fl. 512-.

5.6. Falta de competencia derivada de la no impugnación del acto que aprobó la cesión -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-.

a) Posición del recurrente. La cesión del contrato fue autorizada por el Fondo Distrital de Salud -arrendador de la Clínica Fray Bartolomé de las Casas-, a través de un acto administrativo, y con fundamento en esto, el Hospital El Tunal y Fresenius hicieron la cesión, de manera que a partir de allí esta empresa integró la parte contratista del negocio de arrendamiento, adquiriendo dicha calidad.

Ahora, “es evidente que el acto aprobatorio de la cesión resulta afectado y contradicho con una decisión arbitral en la que se declarara (sic) la inexistencia de la cesión.” –fl. 371, cdno. ppal.-. Por esta razón, al declararse la inexistencia se afectó la decisión administrativa, la cual sólo puede ser anulada por los jueces administrativos. Es así como era necesario dejar sin efectos el acto de autorización, para poder declarar la inexistencia, pretensión que no estuvo ni podía estar en la demanda arbitral.

b) Posición de la parte actora. Admitió que su demanda no pretendió la nulidad del acto de autorización, y por esto el tribunal no tenía por qué pronunciarse al respecto. Su pretensión radicaba en que se definiera la existencia del negocio jurídico; que el litigio nada tenía que ver con el acto administrativo que autorizó la cesión de uno de los integrantes de la Unión Temporal contratista del arrendamiento de la clínica. Por esta razón, el acto de autorización no incidía en la validez del contrato de cesión.

Añadió que “La necesidad de acudir a un Tribunal de arbitramento por parte de mi representada no obedeció a objeciones respecto de la legalidad del acto

administrativo contenido en la Resolución ante citada, sino a cuestionamientos sobre la formación del contrato de cesión...” –fl. 463-

c) Concepto del Ministerio Público. No comparte el cargo planteado por el recurrente, porque en el proceso arbitral se pretendió la declaración de inexistencia de la cesión, no del acto administrativo que la autorizó. Por ende, no hubo pronunciamiento de los árbitros, expreso o tácito, acerca de la validez del acto administrativo expedido por el Fondo Distrital de Salud –fl. 512-.

5.7. Declaratoria de inexistencia del contrato, como pretensión meramente declarativa -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-..

a) Posición del recurrente. Bajo la misma causal octava considera que también se debe analizar esta otra anomalía del laudo. Resulta que la pretensión de la demanda consistió en que se declarara la inexistencia del contrato de cesión, sin que se propusiera otra pretensión que recogiera cuál era la consecuencia de esta declaración. Desde el punto de vista procesal, sostiene que no era posible pronunciarse sobre esa solicitud, porque no es procedente en nuestro ordenamiento jurídico –para lo cual se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Justicia-, entre otras razones porque es absurdo declarar la inexistencia de algo que no existió, siendo sólo procedente pedir la nulidad del acto o contrato, indicando, además, los efectos de la declaración judicial –fl. 382-. Por esta razón el tribunal se debió inhibir para resolver, pues:

“b) Una pretensión en la que exclusivamente se pide declarar la *inexistencia* de un contrato y no se solicita ningún efecto respecto del mismo contrato, en la cual el justiciable no solicita ninguna modificación de la situación jurídica generada por el acto o contrato sobre el cual recae tal petición carece de uno de los dos presupuestos básicos de cualquier pretensión que es el *interés para accionar*.” –fl. 384, cdno. Ppal.-

Por tanto, al pronunciarse el tribunal sobre la pretensión de inexistencia del contrato, decidió sobre asuntos no sujetos a su competencia.

b) Posición de la parte actora. Le parece que este argumento tampoco encaja en las causales de nulidad. Además, descalifica, por irrazonable, la idea que prohíbe pedir la declaración de inexistencia de un contrato –fl. 471-.

c) Concepto del Ministerio Público. Para negar su prosperidad indicó que “... constituye una crítica al contenido de la demanda y al fondo de la decisión, y por tanto resulta ajena a este recurso extraordinario.” –fl. 512-

5.8. La adopción en la parte resolutive del laudo de decisiones que no fueron impetradas en las pretensiones de la demanda -causal 8: “Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-..

a) Posición del recurrente. El laudo se pronunció sobre materias no sometidas a su competencia, porque en la parte motiva se adoptaron decisiones que no dependían de las pretensiones de la demanda.

Este cuestionamiento se relaciona con el anterior, de manera parcial, porque ahora sostiene el recurrente que en la parte motiva del laudo, el tribunal sí se refirió a los efectos de la declaración de inexistencia, pese a que no lo declaró en la parte resolutive. Esta situación la reprocha duramente, pues rechaza la actitud de los árbitros de esconder en las razones de la decisión verdaderas resoluciones o efectos de lo decidido.

Citó varios apartes del laudo, en los cuales se expresa, de forma injustificada, por ejemplo: i) que cuando se declara la inexistencia desaparece la validez y vigencia del contrato, ii) o que la consecuencia de la decisión que se adopta es que el contratista inicial -el Hospital El Tunal- no fue sustituido, ya que el negocio no pudo producir efectos, iii) o que se debe volver al estado en que estaba el contrato de arrendamiento antes de la cesión, iv) o que las cosas retornan al estado en que se hallaban antes del negocio, entre otras ideas del mismo estilo –fls. 388 a 389, cdno. Ppal.-.

Agregó que sólo en la parte resolutive se pueden expresar las decisiones del juez, y no debe encubrirlas en la parte motiva, lo cual vulnera, de paso, el art. 304 CPC. “Esta irregularidad configura la causal de anulación prevista en el numeral octavo... en la medida en que el laudo arbitral se pronuncia sobre materias que no eran objeto de pronunciamiento por no haber sido solicitadas en la demanda.” –fl. 395-

b) Posición de la parte actora. Rechazó que en la parte motiva del laudo se le favorezca ilegalmente. Por el contrario, sostiene que "... los razonamientos realizados por los señores árbitros en la parte motiva fueron acordes a derecho y no implican incongruencia con la parte resolutive del laudo..." –fl. 475-

Efectivamente, en la parte motiva se hace alusión a las consecuencias que se derivan de la declaratoria de inexistencia –incluso, esto ocurrió por la actitud o postura asumida en el proceso por la demandada-, pero eso no constituye una irregularidad, siendo parte del deber de motivación de las decisiones que tiene el juez. No obstante, admite que la vinculante de una sentencia es la parte resolutive, luego, a eso se atiene con su laudo.

c) Concepto del Ministerio Público. Para negar su prosperidad indicó que "... constituye una crítica al contenido de la demanda y al fondo de la decisión, y por tanto resulta ajena a este recurso extraordinario." –fl. 512-

5.9. Caducidad de la acción –Causal 6. "Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo"-

a) Posición de la parte recurrente. El actor consideró que estos mismos argumentos configuraban la causal octava –ya comentada-. Sostiene que el contrato de cesión es un contrato estatal, porque una de las partes del negocio es un Hospital Público, cuya naturaleza jurídica es la de una entidad descentralizada. Por esta razón, la acción para atacar el contrato es la contractual, contemplada en el Código Contencioso Administrativo, la cual tiene una caducidad de dos años.

La Sala advierte, sin embargo, que el recurrente no explica con claridad cómo se cuentan los dos años que según él ya trascurrieron, pero hace referencia a que debe ser dentro de los 2 años siguientes al motivo o hecho que sirvió de fundamento para la convocatoria –fl. 361-.

Por las razones anteriores –concluye- el fallo del tribunal no fue en derecho, porque no se aplicó la normatividad vigente, es decir, se apartó de las normas que debían aplicar.

b) Posición de la parte actora. Se defendió de este argumento cuando se analizó el mismo a la luz de la causal octava. No obstante, frente a este punto se limitó a señalar que esta causal –caducidad de la acción- no existe en el decreto 1818 de 1998, y por ello se debe rechazar el recurso.

c) Concepto del Ministerio Público. No se refirió al tema.

5.10. La adopción en la parte resolutive del laudo de decisiones que no fueron impetradas en las pretensiones de la demanda –Causal 6. “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”-

a) Posición de la parte recurrente. El laudo también falla en conciencia, porque en la parte motiva se adoptaron decisiones que no estaban en las pretensiones de la demanda –recuérdese que este mismo tema fue alegado como fundamento de la causal octava-.

Sostiene que en la parte motiva el tribunal sí se refirió a los efectos de la declaración de inexistencia, pese a que no lo declaró en la parte resolutive. Esta actitud la reprocha con dureza el recurrente, y rechaza el comportamiento de los árbitros de encubrir en las razones de la decisión verdaderas resoluciones o efectos de lo decidido.

Cita varios apartes del laudo, en los cuales expresan los árbitros, por ejemplo: i) que cuando se declara la inexistencia desaparece la validez y vigencia del contrato, ii) o que la consecuencia de la decisión que se adopta es que el contratista inicial -el Hospital El Tunal- no fue sustituido, pues el negocio no pudo producir efectos, iii) o que se debe volver al estado en que estaba el contrato de arrendamiento antes de la cesión, iv) o que las cosas retornan al estado en que se encontraban antes del negocio, entre otras ideas del mismo estilo –fls. 388 a 389, cdno. Ppal.-.

Agrega que sólo en la parte resolutive se pueden expresar las decisiones del juez, y que no pueden encubrirse en la motiva, lo cual también vulnera de paso el art. 304 CPC. Esta situación la enmarca como un fallo en conciencia, por el desconocimiento de las normas procesales o sustanciales que el juez debe observar.

Concluye afirmando que el tribunal se pronunció sobre pretensiones que no existen, como es el caso del efecto de la declaración de inexistencia del contrato; y porque esas reflexiones surgieron de la necesidad de hacer justicia –como expresamente lo declaró el tribunal- (fl. 397).

b) Posición de la parte actora. No se refirió al tema.

c) Concepto del Ministerio Público. Desestima el cargo, porque “... esa circunstancia no constituye el supuesto de hecho de la causal contenida en el numeral 6, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado.” –fls. 517 a 518-.

5.11. La ausencia de análisis de las pruebas obrantes en el expediente.

–Causal 6. “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”-

a) Posición de la parte recurrente. Reprocha al tribunal porque no analizó todas las pruebas que obran en el proceso, haciéndose evidente el fallo en conciencia, porque los medios probatorios existentes no soportan la decisión tomada.

En este sentido, hizo un recuento de algunas pruebas testimoniales y otras documentales, que debieron valorarse de determinado modo –atendiendo a lo que afirmaron los testigos o consta en los documentos-, pero que el tribunal no apreció correctamente. A continuación, sugirió la forma como se debieron valorar, calificando su importancia y el efecto sobre lo que debieron acreditar.

No obstante, advierte que con este cuestionamiento no controvierte la valoración probatoria realizada por el tribunal -sobre lo cual reconoce la autonomía del juez-; pero afirma que “lo que no podía hacer el Tribunal era desconocerlos; no podía dejar de considerarlos; no podía dejar de mencionarlos; no podía tomar una decisión sin tenerlos en cuenta” –fl. 411, cdno. Ppal.-, y es esta circunstancia la que hace incurrir el laudo en el defecto señalado –fls. 398 a 416-.

b) Posición de la parte actora. Para el actor no cabe duda que el recurrente pretende revivir la discusión probatoria que sólo se puede dar al interior

del proceso arbitral, porque sugiere una interpretación de los medios de prueba que no es la hora de proponer.

No obstante esto, para mostrar el error del recurrente, hizo un extenso análisis de las pruebas en que se fundó el tribunal –testimoniales y documentales-, confirmando la validez de la decisión y la impropiedad del recurso –fls. 479 a 491-.

c) Concepto del Ministerio Público. No comparte el análisis del recurrente, porque –siendo poco clara la apreciación- en las pruebas que relaciona en su escrito “... no se alega que esos medios de prueba, cuyo estudio se echa de menos por la convocada evidenciaran que, contrario a la conclusión del tribunal, el contrato sí fue firmado por el representante legal de Fresenius, aspecto que fue el centro del debate procesal y el fundamento de la decisión contenida en el laudo.” – fl. 518-

CONSIDERACIONES

Previo a realizar el estudio que corresponde, advierte la Sala que el laudo recurrido se anulará, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Para fundamentar ésta conclusión se analizarán los siguientes temas: *i)* primero, la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, *ii)* luego, el régimen aplicable de las causales de anulación de este tipo de laudos, *iii)* y finalmente, se estudiará el caso concreto, previa consideración sobre la causal octava de anulación del art. 163 del decreto 1818 de 1998 -“Haberse recaído (sic) el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”-, para analizar, posteriormente, su aplicación específica al asunto objeto de debate.

1. Competencia para conocer del recurso de anulación.

La Sección Tercera ratificará una vez más la tesis que desde hace ya bastante tiempo se sostiene, según la cual, el juez de los recursos de anulación, donde son parte las entidades estatales, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia del régimen jurídico sustantivo que rige el contrato.

Esta idea se ha aplicado a distintas entidades estatales, de las cuales las regidas por la ley 80 no han ofrecido discusión académica ni jurisprudencial, pero tratándose de las que se gobiernan por el derecho privado han dado lugar a algunos debates, que en los últimos años han cesado.

Para el caso concreto, se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial¹, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998².

En estos términos, por el simple de hecho de poseer esa naturaleza, su juez tanto para los procesos ordinarios –salvo lo previsto en la ley 1107 de 2006- como para el recurso extraordinario del cual se ahora se conoce, es el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo³.

¹ El artículo 83 de la Ley 489 de 1998 prescribe: “Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

² Establece el artículo 38: “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...)

“2. Del Sector descentralizado por servicios: (...)

“d) **Las empresas sociales del Estado** y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; (...)” (Negrillas fuera de texto)

³ En el mismo sentido, la Sala estudió recientemente la competencia para conocer de un proceso donde era parte una empresa social del Estado, y señaló que: “La Sala³ con apoyo en los artículos 2º de la Ley 712 de 2001³ y 195-6º de la Ley 100 de 1993, a propósito del tema de la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para conocer sobre las controversias suscitadas en contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, hizo una distinción entre dos situaciones para así determinar en qué eventos conocía esta jurisdicción y en cuáles la justicia ordinaria, al respecto precisó que los contratos celebrados por la Empresas sociales del Estado, “*bajo el amparo normativo de los principios y preceptos que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social*”, “*cualquiera que sea su naturaleza*”, son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria; mientras que los contratos suscritos por estas mismas empresas formalizados con arreglo a los principios y preceptos diferentes de aquellos que integran el Sistema Integral de Seguridad Social, son de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “*de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 132 del C.C.A., modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 38 y 83 de la ley 489 de 1998.*”
“...”

“Estos razonamientos determinan sin lugar a duda, que las controversias en las cuales sean parte, las Empresas Sociales del Estado, por el sólo hecho de ser entidades estatales, deben ser resueltas por esta jurisdicción. En este orden corresponde a la Sala asumir el conocimiento del recurso de

2. Régimen de las causales de anulación aplicables a los contratos estatales regidos por el derecho privado.

Para la Sala es necesario reiterar, una vez más, su criterio sobre este aspecto, a propósito del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que el Hospital El Tunal, al presentarlo, propuso las causales previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998; no obstante, en ocasiones hizo referencias a la equivalencia de las causales contempladas en el art. 72 de la ley 80 de 1993, incurriendo en una imprecisión que vale la pena definir.

Se tiene que, según el régimen jurídico especial que gobierna a las empresas sociales del Estado, ellas aplican, en materia contractual, el derecho privado, según lo establece el art. 195 de la ley 100 de 1993⁴.

De lo anterior se sigue que las causales de anulación del laudo, que aplican en el presente proceso, corresponden a las previstas en el Decreto 1.818 de 1998, es decir, las del derecho privado, no las que contemplaba el art. 72 de la ley 80 de 1993, que por demás quedó modificado por el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007.

En esta perspectiva, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Sección, según la cual, tratándose de entidades estatales regidas por el derecho privado –entidades excluidas de la ley 80-, en materia contractual, las causales de nulidad de los laudos son las que contempla dicho régimen jurídico. Es así como se expuso en la sentencia de mayo 24 de 2006 –exp. 31.024- que:

“Definida la competencia de esta Corporación para conocer del presente recurso, la Sala analizará, por petición expresa del recurrente, si las causales aplicables para la anulación de un laudo arbitral proferido en relación con un contrato estatal regido por el

anulación interpuesto contra el laudo arbitral que resolvió la controversia suscitada entre el Hospital Departamental de Cartago, Empresa Social del Estado y la sociedad SERVIASEAMOS S.A., en desarrollo de los contratos 069 y 070, que tenían por objeto la prestación de servicios de lavandería y adquisición para uso con opción de compra de prendas hospitalarias, respectivamente.” (sentencia de 22 de abril de 2009. Exp. 35.700)

⁴ Dispone el art. 195 de la ley 100 de 1993: “Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)”

“6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública.”

derecho privado –como es el caso de los que celebran las ESPD, las Empresas Sociales del Estado, las Universidades Públicas, etc.-, son las contenidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993, o mas bien las previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Nadie discute que las causales que se deben invocar para solicitar la anulación de un laudo arbitral, cuando el contrato se rige por la ley 80 de 1993, son las contenidas en su artículo 72. La duda surge cuando el contrato estatal es de aquellos que se rigen por el derecho privado; en ese caso, según lo dicho, quien debe conocer del recurso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Un nuevo análisis del asunto induce a la Sala a reconsiderar este criterio porque, en casos como el presente, las causales de anulación aplicables deben ser las contenidas en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, dado que el contrato suscrito el 16 de junio de 1997, entre ACUANTIOQUIA SA. ESP. EN LIQUIDACIÓN y el Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA., se rigió por el derecho privado, según lo disponía el artículo 31 original de la ley 142 de 1994. Esta conclusión se apoya en los siguientes fundamentos:

“De un lado, porque el artículo 32 de la ley 142 establece que el régimen jurídico aplicable a los actos que expiden las empresas de SPD es el derecho privado, disposición que complementa al artículo 31 de la misma ley. Según aquella norma, resulta lógica la remisión a las causales de anulación del derecho privado, pues esa es la filosofía recogida en dicha disposición.

“De otro lado, las causales del art. 72 de la ley 80 se aplican, con exclusividad, a los contratos que, en su parte sustantiva, se rigen por dicha ley, de manera que no es procedente aplicarlas a los contratos que se rigen por el derecho privado. Dicho de otra manera, si, como es sabido, la ley 80 no rige los contratos de las empresas prestadoras de SPD, la exclusión de dicha norma debe ser total. De modo que no encuentra explicación razonable el hecho de que, por un lado se sostenga rotundamente la inaplicación de la ley 80 y, por el otro, se decida la aplicación de una de sus normas: el artículo 72, relativo a las causales de anulación del laudo arbitral.

“La proposición, así expuesta, no resulta coherente; por el contrario, lo razonable es que la normación aplicable corresponda a la propia del régimen jurídico que tutela el contrato, así el juez que deba resolverla controversia sea el juez especial, como ocurre en el sub iudice.

“Esto último es posible porque la competencia del juez depende de la atribución legal y, como se ha visto, el conocimiento de los recursos de anulación de laudos arbitrales sobre contratos estatales fue atribuido por el legislador al juez contencioso administrativo sin que, para ello, sea determinante el régimen, público o privado, del contrato estatal.

“La variación del juez, sin embargo, no lleva insito el cambio de régimen jurídico. En otras palabras, pese a que la competencia es, en estos casos, del juez administrativo, el régimen del contrato será el que, legalmente, le corresponde, es decir el de derecho privado.

“De esta manera, no tiene asidero la conclusión de que las causales de anulación del laudo arbitral pronunciado en relación con un contrato estatal sometido al derecho privado –es decir, con exclusión de la ley 80-, sean sin embargo, las del artículo 72 de dicha ley que, por definición, no resulta aplicable al caso.”

Se afirma que se conserva la jurisprudencia citada, porque la ley 1.150 sólo extendió a los contratos estatales regidos por la ley 80 las causales de anulación del derecho privado, ya que esta normatividad regulaba autónomamente otras. Sin embargo, allí no se dispuso que los contratos de las entidades estatales que no se rigen por esas disposiciones –sino por el derecho privado- también se gobiernan por las causales del derecho privado. La nueva ley, así como la anterior, guardó silencio al respecto.

De esta manera, no puede extenderse la aplicación del artículo 22 de la ley 1.150 a las ESE –ni a otra entidad estatal regida por el derecho privado-, sencillamente porque no les aplica esa ley. Por esto, la jurisprudencia sigue considerando que a esta clase de entidades les aplican las casuales de anulación de laudos arbitrales previstas en el derecho privado.

En cambio, esta conclusión ahora es más clara tratándose de las entidades estatales gobernadas por ley 80, porque el art. 22 de la ley 1.150 de 2007 dispone, precisamente, que las causales de nulidad de los laudos arbitrales donde sean parte las entidades estatales regidas por la ley pública de contratación son las del derecho privado⁵. De allí que, hoy no existe un régimen dual de causales de anulación para los laudos donde son parte las entidades estatales, sencillamente porque uno desapareció.

⁵ “Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

“El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”. (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo -se insiste-, la razón de ser de esta conclusión, descendiendo al presente proceso, no es por aplicación del art. 22 de la ley 1.150, pues al fin y al cabo las Empresas Sociales del Estado no se rigen por la ley 80 ni por la ley 1.150 de 2007 –pese a que apliquen los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal (art. 13 de la ley 1150⁶)-, sino porque la jurisprudencia antes citada mantiene su vigor.

3. El caso concreto.

En esta ocasión la Sala sólo analizará la causal octava de nulidad interpuesta por el recurrente, por razones de economía procesal, pues con fundamento en ella prosperará la nulidad del laudo arbitral.

En tal sentido, se tiene que el Hospital el Tunal E.S.E., interpuso el recurso de anulación invocando las causales contempladas en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del art. 163 del decreto 1818 de 1998. Sin embargo, al sustentarlo, sólo se ocupó de las causales No. 1, 6 y 8 –fls. 319 a 416, cdno. ppal.-, es decir:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
(...)”

6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

“8. Haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

Es por ello que como no se sustentaron las causales 2, 4, 5, 7 y 9 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, no se estudiarán.

⁶ “Art. 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

Además de esto, y según se resumió en los *Antecedentes* de esta providencia, bajo una misma causal el recurrente formuló varios supuestos o circunstancias que, en su criterio, constituyen el vicio de nulidad alegado, frente a lo cual la Sala considera que, efectivamente, alguno tiene vocación de prosperar –bajo la causal octava-, de allí que, una vez más, y también por razones de economía procesal, el análisis se limitará a la situación que conducirá a la anulación del laudo, y en este orden es innecesario referirse a los demás supuestos alegados, porque no contribuyen a modificar ni a atenuar el resultado de este proceso.

En esta línea de análisis, aplica la lógica de lo previsto en el inciso 2 del art. 306 del CPC., el cual dispone que si prospera una excepción del demandado, que conduzca a rechazar las pretensiones de la demanda, es posible abstenerse de examinar las demás. En el caso concreto, al prosperar el recurso, resulta inocuo examinar las demás causales propuestas, lo cual acontece en el presente caso, según se pasa a explicar⁷.

3.1. Consideraciones generales sobre la causal 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse recaído (sic) el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”

Esta causal correspondía, con similar redacción, a la contemplada en el numeral 4 del art. 72 de la ley 80 de 1993. No obstante, es claro que su fuente, para efectos del estudio del caso concreto, es el del primer ordenamiento jurídico citado. Sin embargo, para su análisis, desde el punto de vista de su explicación, contenido y justificación, se tendrán en cuenta los criterios jurisprudenciales que respecto de una y otra disposición ha emitido esta Sala, por ser exactamente idénticos.

Es así como, se ha dicho que se configura siempre que se esté ante una de las siguientes circunstancias: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley, ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros,

⁷ Esta misma lógica procesal la ha aplicado la Sala, es decir, que con base en el art. 306 CPC. se ha abstenido de estudiar todas las causales de anulación alegadas, cuando alguna prospera. En tal sentido, ver sentencia de febrero 11 de 2009 -Exp. 34.846-.

Sin embargo, en esta ocasión no sólo no se estudiarán algunas casuales de anulación alegadas, sino que, además, de la causal que prosperará –la octava- no se analizarán todos los cargos propuestos por el recurrente, sino los dos que prosperarán, pues aplica la misma lógica de la innecesariedad del estudio de todos, porque no agregan valor al estudio del recurso.

desconociendo que la competencia está limitada y restringida a la materia que señalen las partes, y iii) que se exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Los anteriores criterios han sido analizados en varias providencias de la Sección, en las cuales se ha expuesto que:

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).”⁸

En el mismo sentido, en sentencia de junio 8 de 2006 -exp. 29.476- se sostuvo:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la

⁸ Sentencia de 4 de abril de 2002, exp. 20.356. Reiterada en sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 29.476.

convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”

En el caso concreto, y toda vez que entre las causales de nulidad que propone el recurrente se encuentra la falta de competencia del tribunal de arbitramento, porque decidió sobre materias que no fueron incluidas en la cláusula compromisoria, vale la pena traer al caso la jurisprudencia que sobre esa hipótesis ha proferido la Corporación.

Constituye un presupuesto material de funcionamiento de la justicia arbitral el hecho de que las partes de un contrato acuerden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento. Esta idea, simple pero decisiva, entraña varios conceptos que bien vale la pena comentar.

De un lado, expresa que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria, por autorización de la Constitución y la ley, para elegir la arbitral, quien asume la tarea de juzgar y definir los conflictos que se presenten entre ellas.

Esta posibilidad modificatoria del juez natural, en todo caso, no supone que las partes puedan quedarse sin juez, ni que se entorpezca para alguna de ellas el derecho de acceso a la administración de justicia; tan solo autoriza que se varíe la jurisdicción que el Estado tiene disponible, constante y permanentemente, para resolver el común de los litigios que pudieran presentarse en un caso particular.

De otro lado, esta potestad modificadora e innovadora que tienen las partes expresa la inmensa riqueza que la autonomía de la voluntad ofrece en la contratación de las

entidades públicas, la cual también rige en éste ámbito, y aún de manera más fuerte tratándose de entidades que se rigen por el derecho privado.

En este sentido, queda claro que las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión.

Incluso, la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en este tema, respetando, desde luego, los límites que el ordenamiento jurídico impone –que la materia sea transigible, por ejemplo-, llega al punto de impedir que el legislador imponga la justicia arbitral a un negocio jurídico. Esta idea, que también ha sostenido la Corte Constitucional, se desprende del artículo 116 CP., que determina que son las partes quienes establecen este mecanismo de solución de controversias, cuando señala, en el inciso final, que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros **habilitados por las partes** para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Resalto fuera de texto)

En tercer lugar, y como una variante del anterior punto, es decir, en caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto.

Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo, se deduce de las anteriores ideas, que no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo

dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional. Sobre el particular, señaló la Sala, en mayo de 2002, que:

“Respecto del contenido de la cláusula compromisoria en relación con la competencia de los árbitros la Sala precisó:

‘cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.

‘Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.’ (...)

De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”⁹

En consideración a lo anterior, resulta obvio decir que para determinar cuándo un laudo incurre en la causal que se comenta, habrá de establecerse si los árbitros se pronunciaron, exclusivamente, sobre los temas contemplados en la cláusula compromisoria. Respecto al alcance de dicha causal, la Sala afirmó que:

⁹ Sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. 20.472.

“De una parte, **permite al juez del recurso verificar si los árbitros se pronunciaron únicamente sobre los puntos sujetos a su decisión, teniendo en cuenta que su competencia está limitada y restringida a la materia que le señalen las partes y a ella exclusivamente deben circunscribirse.** Por lo tanto, para determinar la procedencia de dicha causal deberá efectuarse un análisis comparativo entre el pacto arbitral, las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma y el laudo, con el fin de establecer la competencia de los árbitros y la congruencia del fallo, principios ínsitos en toda decisión judicial.¹⁰

Posteriormente, en julio de 2002 -exp. 20.356-, la Sala señaló al respecto que:

“Por ello, la jurisprudencia de la Sección ha manifestado que la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites de la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, ha dicho que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, dado que **implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.**¹¹

En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y **dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.**”

En esta misma línea, la Corte Constitucional precisó que la voluntad de las partes establece los límites de la jurisdicción arbitral. Así, en la sentencia C-1.037 de 2002, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 -modificado por el artículo 119 de la ley 446 de 1998- y los artículos 120 y 121 de esta última ley, señaló que:

¹⁰ Sentencia de 20 de junio de 2002. Rad. 19.488.

¹¹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992 -exp. 5.326- se dijo: “**En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes.** Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

“Esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisoria o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y, únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad.

... la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo del espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.”
(Se subraya)

La Corte Constitucional, al analizar el artículo 116 de la Constitución Política, puntualizó que los límites de la jurisdicción arbitral son: a) la transitoriedad de la facultad que tienen los árbitros para administrar justicia, en cuanto se refiere a un solo y único conflicto actual o potencial, resuelto el cual desaparece la facultad; b) la habilitación de las partes a los árbitros para fallar; y c) el sometimiento de los árbitros a los términos que determine la ley.

En este orden de ideas, en materia contractual, los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción.

En este orden de ideas, la Sala reitera que la función jurisdiccional de administrar justicia, en la calidad de arbitro, está circunscrita a la autorización que en tal sentido hace la ley, de un lado y luego las partes del conflicto, de otro lado, de tal manera que se trata de un régimen de doble autorización, según se deduce del artículo 116 CP.

De acuerdo con esto, no basta con que el art. 116 contemple la posibilidad de que los particulares sean investidos, transitoriamente, de la calidad de jueces, para que automáticamente lo hagan, toda vez que la norma agrega, a continuación, que esto procede “en los términos que determine la ley”. De esta forma la Constitución Política condicionó esta posibilidad a la valoración que el legislador hiciera,

pudiendo ocurrir que: no lo autorice; o que lo haga en forma generalizada; o que lo permita de manera puntual, es decir, para algunos conflictos.

Ninguna de estas posibilidades rayaría con la inconstitucionalidad, pues el art. 116 no contiene ni un derecho ni una carga para las partes en conflicto, que les imponga modificar al juez natural de sus controversias –en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, pues la norma debe leerse en el sentido en que allí se le posibilita al legislador asignar a los particulares la potestad de administrar justicia. Al autorizarlo directamente la Constitución –más no imponerlo-, quedó abierta en favor del legislador la oportunidad, clara e innegable, de facilitar el funcionamiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias que involucran el ejercicio del poder judicial –librándonos de una discusión constitucional quizá interminable, como quiera que de no existir esta norma se debatiría duramente si el legislador podría hacerlo autónomamente-.

Lo cierto es que en ejercicio de la libertad de configuración legislativa que hoy ofrece la Constitución, el Congreso puede optar por un régimen amplio de asignación de potestad judicial a los particulares, o uno más restringido, o uno intermedio.

No obstante, para el caso del arbitramento, no se duda de su fundamento constitucional, pero, sobre todo, de su autorización legal –que es necesaria- la cual está hoy compilada en el decreto 1818 de 1998.

Ahora, entre los requisitos constitucionales para el funcionamiento del arbitramento, también se encuentra la habilitación de las partes para dicho efecto, de allí que la ley que implementara este sistema de administración de justicia debía conservar esa condición constitucional. Dos ideas se deducen de esto:

Una, que sólo las partes del conflicto pueden acordar la exclusión del juez natural de las controversias, con el fin de acercarse al arbitramento, lo cual hacen a través de la suscripción de un pacto arbitral, que adopta dos modalidades: cláusula compromisoria o compromiso.

En este orden, los terceros no pueden ser llevados a un proceso de estos, por falta de voluntad manifestada en tal sentido. Por el contrario, las partes quedan vinculadas al mecanismo libremente acordado, porque deben cumplir los pactos

que suscriben.

La otra, que ni siquiera la ley puede obligar a las partes de una controversia contractual a dirimir sus conflictos a través de tribunales de arbitramento, porque en tal caso no serían ellas quienes lo consienten, sino el legislador quien lo impone, vulnerando la norma constitucional, que admite este sistema alternativo de solución de diferencias, pero sobre la base del deseo compartido de los eventuales litigantes.

Este límite que le impone la Constitución Política al legislador –para el momento en que decidiera implementar el sistema judicial alternativo del arbitramento- refleja la fuerza que tiene la autonomía de la voluntad en los negocios, y sobre todo en la escogencia del juez de sus conflictos. De esta forma, hasta la voluntad de las partes quedó protegida frente a la libre configuración que el legislador suele tener del ordenamiento jurídico.

3.2. Análisis de los cargos del recurrente.

3.2.1. Causal 8 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, en su aspecto, de “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros...”, porque *había caducado la acción contractual*.

Para el recurrente el contrato de cesión tiene la naturaleza de estatal, y por esta razón, la acción para atacarlo es la contractual, contemplada en el Código Contencioso Administrativo, que tiene una caducidad de dos años, de manera que si había transcurrido ese término no era posible pronunciarse sobre el conflicto –fl. 363, cdno. Ppal.-.

Para Fresenius, en cambio, la norma sobre caducidad, regulada en el art. 136 del CCA., no es aplicable al proceso arbitral, pues este se rige por las normas del derecho privado, porque los juicios arbitrales son diferentes a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ello las normas del CCA. “... son ajenas al trámite arbitral (sic) sino que también en nuestro ordenamiento legal no está permitida la aplicación analógica en materia de sanciones...” –fl. 453-

El Ministerio Público comparte la posición del recurrente, es decir, que la acción contractual estaba caducada.

La Sala es del mismo criterio que el Ministerio Público. En este orden de ideas, está probado que el contrato de cesión, que contiene la cláusula compromisoria, se celebró el 12 de julio de 2002, y allí consta la cesión que se hizo a Fresenius Medical Care de la participación que el Hospital El Tunal tenía en la Unión Temporal “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas”¹².

Sin embargo, es la existencia misma de este negocio lo que puso en duda la parte actora, al asegurar que la firma de su Representante legal fue falsificada.

Luego, el 26 de septiembre de 2002 el Fondo Financiero Distrital de Salud autorizó la cesión de la participación del Hospital El Tunal en Fresenius.

Según lo afirma el actor en la demanda, sólo en enero de 2003 conoció de la existencia de dicho negocio¹³, y por eso presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, por falsedad de la firma y fraude procesal¹⁴, e igualmente puso en conocimiento al Fondo Distrital de Salud.

En este orden de ideas, el primer aspecto a definir es el régimen procesal aplicable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta que la caducidad es el asunto que origina este debate. La respuesta a esta pregunta involucra una combinación de normas, que deben armonizarse adecuadamente, de la siguiente manera.

En primer lugar, no debe perderse de vista que el hecho de que un contrato se rija por el derecho público o por el privado no incide en la solución a este problema – como lo sugieren los árbitros en el laudo, e igualmente Fresenius-. En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos

¹² Fls. 57 a 60, cdno. Ppal. No. 1

¹³ En el hecho 17 de la demanda afirma –fl. 7, cdno. Ppal. 1-: “La supuesta cesión y la subsiguiente aceptación de la misma por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud eran desconocidos por mi mandante. Este conocimiento sólo ocurrió hasta el mes de enero de 2003, con ocasión de un cobro prejurídico que un acreedor adelantaba contra la Unión Temporal.”

¹⁴ En el hecho 18 de la demanda sostiene –fl. 7, cdno. Ppal. 1-: “El 13 de enero de 2003 Fresenius puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la falsificación de la firma de Rodríguez Díaz Sandoya en el documento de fecha 12 de julio de 2002 y el consecuente fraude procesal derivado de la utilización de ese documento para inducir en error al Fondo Financiero Distrital de Salud.”

ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad.

Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1.150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial.

Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso *sub examine*. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales.

En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato.

Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10.

Ahora, en cuanto a las reglas procesales que regulan la forma como se adelanta el proceso arbitral, el tribunal de arbitramento se debe atener a las previstas en el

decreto 1818 de 1998, el cual se ocupa –con gran detalle- de la conformación del tribunal y de su puesta en funcionamiento –trámite prearbitral-.

En reciente ocasión esta Sala tuvo la oportunidad de señalar sobre el régimen procesal de los tribunales de arbitramento, en el sentido indicado en estos párrafos -sentencia de julio 22 de 2009, exp. 35.564-, que:

“2.1.2. Análisis sustantivo de la causal.

“El arbitraje, en el régimen de derecho privado, puede ser en derecho, en equidad, o técnico, al paso que el arbitraje en los contratos estatales sólo puede ser en derecho o técnico, pero no en equidad. No obstante, ambos pueden ser, de conformidad con el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 -y en relación con su procedimiento-: *i)* independiente, *ii)* institucional o *iii)* legal. Al respecto, prescribe este precepto:

“Art. 116. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.”

“De allí que con esta norma, las partes que acuerdan someter sus diferencias a la justicia arbitral, pueden regular o determinar las condiciones mediante las cuales se adelantará el proceso. En este sentido, la doctrina ha expresado:

“La materia arbitral es, en la generalidad de los casos –excepto cuando es forzosa por disposición de la ley-, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Por eso resulta lógico que también puedan pactar las normas por las que tramitará el proceso. Dichas normas tienen así, como principio general, el de la libre disponibilidad de las partes, a excepción de aquellos casos en que la voluntad individual deba ceder por razones de orden público.”¹⁵

Son amplias las facultades que tienen los contratantes en el régimen privado para regular lo concerniente al arbitramento, pues, además de estipular la cláusula compromisoria en el contrato respectivo, pueden señalar, igualmente, las reglas de funcionamiento y el procedimiento aplicable al Tribunal de Arbitramento. Sin embargo, en materia de contratación estatal, se debe tener en cuenta que la libertad de las partes para estipular el compromiso arbitral y las condiciones de su

¹⁵ CAIVANO, Roque J.: Arbitraje, 2ª edición, editorial AD-HOC, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 209.

procedimiento, está circunscrita a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 que prescribe:
(...)

Como se aprecia, a pesar de que en Colombia se establece la posibilidad para que sean las mismas partes quienes definan las normas de funcionamiento y el procedimiento del trámite arbitral –art. 116 Decreto 1818-, en materia de contratación Estatal esta facultad está limitada, como quiera que, según el artículo 70 de la Ley 80, “[L]a designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia”. En esa medida, la constitución del Tribunal de Arbitramento deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1.150 de 2007 y en el Decreto 1818 de 1998.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado que el incumplimiento de las formalidades propias del juicio arbitral acarrea la nulidad del laudo. Además, expresa que dicho aspecto deberá analizarse en cada caso concreto, y de conformidad con la normatividad aplicable. Al respecto Chocrón Giráldez señala:

“Sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudieren incurrir (art. 16.1 LA), si atendemos el art. 45.2 LA el laudo podrá anularse cuando en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios establecidos en la Ley. Luego, a priori, la vía del apartado 2 del art. 45 parece estar reservada para los casos de infracción de las formalidades (y principios) establecidas en la Ley y no para las establecidas convencionalmente. (...)

“Para REGLERO CAMPOS la determinación de las formalidades y principios esenciales establecidos en la LA exige una labor casuística que conlleva también, un análisis detallado de aquellas partes de la Ley que disciplinan esta cuestión, como son, fundamentalmente, los Títulos III a VI. De este modo, -señala- ‘serían susceptibles de nulidad aquellos laudos en cuyo procedimiento, en su inicio, desarrollo o terminación, se hubieran transgredido normas imperativas de la Ley, *las establecidas por las partes en el marco de su derecho dispositivo*, las contenidas en los Reglamentos de las instituciones arbitrales permanentes cuando a alguna de ellas se hubiese encomendado el arbitraje, etc’.”¹⁶

Lo anterior es determinante para comprender el caso concreto, porque la causal alegada exige verificar los requisitos establecidos por las normas para la constitución del Tribunal, los cuales –se repite-, no son otros que los prescritos por la normatividad vigente. A los términos anteriores se circunscribe, entonces, el objeto de la causal analizada, pues el artículo 163.2 es claro cuando señala: “*No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal*”.

¹⁶ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: Los principios procesales en el arbitraje, J.M. Bosh editor, Barcelona-España, 2000, Pág. 176.

2.1.3. El caso concreto.

El cuestionamiento que propone el recurrente exige analizar si en los procesos arbitrales es posible servirse de las figuras que en derecho procesal se denominan como la “acumulación de pretensiones” y la “acumulación de procesos”, reguladas, respectivamente, en los artículos 82 y 157 del CPC.

En el caso concreto, las cláusulas compromisorias de cada uno de los tres contratos establecieron que el arbitramento escogido sería el legal, pues en el inciso segundo de las cláusulas sextas respectivas se dispuso:

“... El Tribunal estará integrado por 3 miembros y su fallo será en derecho; el modo de su designación y **su funcionamiento se someterá a las disposiciones legales vigentes.**” (Negrillas fuera de texto)

Las “disposiciones legales vigentes”, a que alude la cláusula, no son otras que las previstas en el decreto 1818 de 1998 –arts. 115 y siguientes-, pero resulta que son insuficientes, porque no regulan todas las instituciones, etapas y requisitos procesales que involucra un conflicto judicial. Para superar este vacío, los árbitros deben acudir, en su orden, al Código Contencioso Administrativo -porque el tribunal de arbitramento reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (a lo que se la ha denominado como el *equivalente jurisdiccional*), luego debe aplicar las normas procesales del juez reemplazado-, y si permanecen los vacíos debe acudir, a continuación, al CPC –por incorporación que el mismo CCA. hace de dicho estatuto-. No obstante, el decreto 1818 integra directamente, en algunos casos al CPC –por ejemplo en los arts. 130 y 151, entre otros-, en cuyo evento primero se debe atender esta norma sobre las disposiciones del CCA.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que el decreto 1818 de 1998 no reguló la posibilidad, ni la prohibición, de acumular pretensiones en los proceso arbitrales. Esta circunstancia permite aplicar por analogía las normas del CCA. –pues la figura no es incompatible con el arbitramento-, pero resulta que este tampoco trata el tema; de allí que se debe acudir a las disposiciones del CPC, el cual define la acumulación de pretensiones, de la siguiente manera:

(...)

De conformidad con esta norma –y también porque en el decreto 1818 no se dice nada al respecto-, se concluye que no es necesario que por cada cláusula compromisoria de los contratos se deba constituir un Tribunal de Arbitramento. Por consiguiente, el hecho de que en el presente caso se hubiere estipulado un pacto arbitral –contratos Nos. 007, 008 y 009 de 2003- que, incluso, es idéntico en cada uno de ellos, no exigía la constitución de un Tribunal que conociera de los conflictos de cada contrato, como lo afirma el recurrente.

De hecho, al amparo del artículo 82 citado es posible acumular pretensiones en materia arbitral, siempre que se cumplan sus requisitos, esto es:

i) Que el demandado sea el mismo, en este caso el Ministerio de Comunicaciones.

ii) Que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones. Téngase en cuenta que las tres cláusulas compromisorias permitían ocuparse de cualquier controversia derivada de la ejecución de los contratos, de manera que los árbitros podían conocer –casi- de cualquier diferencia planteada por COLOMBIA MOVIL contra la entidad estatal.

iii) Que las pretensiones no se excluyan entre sí. Requisito que se cumplió en el evento *sub examine*, pues lo pedido frente a cada contrato no se oponía a lo pedido frente a los demás.

iv) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Como el tipo de proceso arbitral escogido por las partes era el mismo para los conflictos que surgieran de los tres contratos -es decir, el arbitramento legal, pues no se pactó en alguno de ellos el independiente o el institucional-, entonces también se cumple este requisito. Esto es, el trámite sería el previsto en el decreto 1818, adicionado con el CCA y el CPC.

En estos términos, era posible que un mismo tribunal de arbitramento conociera de las pretensiones derivadas de los conflictos planteados por COLOMBIA MÓVIL –en términos del art. 82 citado, precepto de aplicación supletiva, ante la ausencia de regulación especial en las normas que regulan el trámite arbitral-. Esta idea se apoya también en razones de economía procesal, que en el fondo es el principio que justifica e inspira la acumulación de pretensiones”¹⁷.

Según esta providencia, que señala algunas bases sobre la integración de las normas procesales que rigen en un tribunal de arbitramento –a falta de que las partes las acuerdan (lo que es admisible tratándose de *tribunal independiente*)-, el régimen procesal del *arbitramento legal* –como el del caso *sub iudice*, pues el contrato de cesión no dispuso nada¹⁸- se construye por una sumatoria de

¹⁷ Señala Hernán Fabio López Blanco que “Siendo la economía procesal principio informador de nuestro código, resulta adecuado que se permita con un solo proceso resolver el máximo de pretensiones que un demandante pueda tener; por eso se permite la acumulación de pretensiones, aunque se exige, cuando ello ocurra, que ‘las varias pretensiones se formulen por separado’ (art. 75, num. 5)” (Procedimiento Civil. Dupré Editores. Bogotá. Novena edición. 2005. pág. 467)

¹⁸ Prescribe el art. 116 del decreto 1818 de 1998: “CLASES. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente **las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto**; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de

regímenes procesales previstos en leyes vigentes, de cuya adecuada armonización depende la garantía del debido proceso para las partes del conflicto.

En el caso concreto, para la Sala no cabe duda de que si el tribunal de arbitramento era el legal, la acción ejercida ante los tribunales de arbitramento, tratándose de contratos estatales, es la contractual del art. 87 CCA., y por tanto la caducidad de la acción es la que regula ese mismo estatuto, y por esto se debe contar de la siguiente manera:

“Art. 136. Caducidad de las acciones, (...)”

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará 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 caducidad se contará así:

“a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

“b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

“e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan

Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.” (Negrillas fuera de texto)

como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento."

Esta norma ofrece una dificultad adicional para resolver el caso concreto, ya que ninguno de los supuestos hace referencia a la declaración de existencia o de inexistencia del contrato estatal. No obstante, es necesario definir cuál es el término de caducidad aplicable.

Pero antes de avanzar es necesario hacer una aclaración en este punto: La posibilidad de solicitar al juez la declaración de inexistencia de un contrato -lo que el recurrente pone en duda- es perfectamente posible para la Sala, pese a la inconsistencia lógica que sugiere el debate de este asunto, como quiera que desde esta perspectiva -la eminentemente lógica- sí carece de sentido pedir que se declare la inexistencia de algo, pues si no existió parece imposible hacerlo.

Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica -que es la que debe dirigir y dominar el dilema-, también es innegable que lo que se reputa inexistente pudo producir efectos, de allí que si el juez no accediera a declararla, la fuerza de los hechos, de la realidad, de lo fáctico, comprometerá jurídicamente a quien está involucrado en una situación que aparentemente no existe, pero que materialmente produce efectos reales no deseados.

Por eso, en casos como este, es necesario que el juez declare que un determinado contrato existió o no existió, para que el afectado defina su posición frente al negocio jurídico, y para que la otra parte del mismo conozca la situación en la que se encuentra. Incluso, terceros al mismo pueden requerir de esa definición, para concretar intereses jurídicos que dependen del contrato aparente, ofreciendo la seguridad jurídica necesaria para concretarlos o descartarlos.

Esta conclusión tiene soporte normativo, y por eso es más fácil admitir, tratándose de la acción contractual regulada en el art. 87 CCA. -aunque en el derecho civil se ofrezca más resistencia-, pues contempla expresamente la posibilidad de que alguna de las partes del conflicto solicite la declaración de existencia de un contrato. En tal sentido, señala el inciso primero:

“Cualquiera de las partes de un contrato estatal **podrá pedir que se declare su existencia** o su nulidad **y que se hagan las declaraciones**, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.” (Negrillas fuera de texto)

Incluso, esta disposición abre la posibilidad para que se hagan otras declaraciones, de modo que si es posible pedir la declaración de existencia de un negocio jurídico, lógicamente así mismo es posible solicitar la de inexistencia; lo cual también se admite, por defecto, cuando la norma autoriza a pedir otras declaraciones, como sería esta. Y ello es una ventaja que ofrece la amplitud de la acción contractual, tal como está regulada en el art. 87 CCA.

Regresando al aspecto concreto de la determinación del plazo de caducidad de la acción, de la mano de las ideas especificadas en los anteriores párrafos, la Sala observa ahora que no existe regla concreta, en el art. 136.10, sobre el momento a partir del cual se empieza a contar dicho término, para el caso *sub iudice*. Pero este problema no es exclusivo de la declaración de *inexistencia* del contrato, sino incluso de la de *existencia* –que expresamente el art. 87 CCA. admite formularla-.

No obstante, de allí no se infiere que no exista término de caducidad para la pretensión contractual, pues la norma sí lo contempla. Lo que no tiene regla precisa es la determinación del momento a partir del cual se debe contar ese plazo –el *dies a quo*-, que es algo diferente.

Esta dificultad exige de la Sala precisar a cuál de las subreglas descritas en los distintos literales de la norma se debe acudir, y que por cierto debe ser aquella que más se parezca, como lo manda la analogía -sistema de interpretación admisible en el derecho procesal-, para casos como este.

Ubicados en este contexto problemático -que debió resolver el tribunal, pero que no lo hizo porque consideró que las normas de caducidad del CCA. no aplican en materia arbitral-, la Sala considera que el precepto que regula el caso más parecido es la que se define para la nulidad del contrato, y que regula el literal e), según el cual:

“e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.”

Esta es la norma que regula el caso más parecido a la pretensión de inexistencia, porque tanto en la nulidad como en la (in)existencia el juez hace un estudio del contrato mismo –básicamente de sus elementos, con dosis de legalidad estricta-, y por eso debe regir la forma de contabilizar el término para la formulación oportuna de la pretensión de existencia o de inexistencia de un negocio.

Los demás supuestos de caducidad del numeral 10 del art. 136 regulan aspectos diferentes, y por eso la Sala no los encuentra semejantes al de la inexistencia o existencia del contrato.

Con fundamento en esto, si el contrato analizado era de “cesión de la participación” de un miembro de una Unión Temporal en este negocio, entonces, el plazo de caducidad se debe contar desde que se celebró, esto es, desde el 12 de julio de 2002.

Incluso, y sólo en gracia de discusión, puede admitirse que como este contrato era de ejecución instantánea, la caducidad -bajo este supuesto- correría “... a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;” –art. 136, num. 10. lit. a)-. Y ante esto se llegaría a la misma conclusión bajo esta hipótesis.

No obstante, según lo afirma el mismo actor, tan solo en enero de 2003 conoció de la existencia de dicho negocio. En tal sentido, afirmó en el hecho 17 de la demanda –fl. 7, cdno. Ppal. 1-: “La supuesta cesión y la subsiguiente aceptación de la misma por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud eran desconocidos

por mi mandante. **Este conocimiento sólo ocurrió hasta el mes de enero de 2003**, con ocasión de un cobro prejurídico que un acreedor adelantaba contra la Unión Temporal.” (Negrillas fuera de texto)

Igualmente agregó, en el hecho 18 de la demanda, que por eso presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, por falsedad de la firma y fraude procesal, y así mismo puso en conocimiento el tema al Fondo Distrital de Salud – fl. 7, cdno. Ppal. 1-: “El 13 de enero de 2003 Fresenius puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la falsificación de la firma de Rodríguez Díaz Sandoya en el documento de fecha 12 de julio de 2002 y el consecuente fraude procesal derivado de la utilización de ese documento para inducir en error al Fondo Financiero Distrital de Salud.”.

Como en ese momento el actor dijo conocer el contrato que lo involucraba, debió demandar su inexistencia dentro de los dos años siguientes –inexistencia que, por cierto, no era obvia; Fresenius participó de la negociación previa (es decir en los tratos preliminares) y también tuvo en sus manos el contrato firmado por las demás partes del negocio, a la espera de que lo suscribiera-. En consecuencia, el término venció en enero de 2005, momento en el que no había ejercido la acción contractual, la cual sólo presentó el 12 de enero de 2006.

En estos términos, como había caducado la acción, el tribunal de arbitramento no podía resolver la controversia planteada por Fresenius, al carecer de competencia para hacerlo, incurriendo en el vicio de anulación previsto en el numeral octavo del art. 163 del decreto 1818 de 1998, por haber resuelto asuntos no sujetos a su decisión.

Por esta otra razón la Sala declarará la anulación del laudo recurrido. No obstante, es necesario hacer dos precisiones finales.

En *primer lugar* -sobre el sentido de esta decisión-, según se observa, no fue objeto de estudio la veracidad, justicia y corrección sobre lo alegado en la demanda y en la contestación, es decir, acerca de si es cierto o no que Fresenius firmó el contrato de cesión. La Sala se marginó de ese debate, porque se refiere al fondo del litigio, el cual está vedado tratar a través del recurso de anulación. De esta manera, el estudio se circunscribe a determinar si el laudo -acertado o desacertado- se pronunció sobre un asunto sujeto a la decisión de los árbitros, y

en esa medida el análisis de los aspectos *in procedendo* rigen la competencia de esta jurisdicción.

De otro lado, tampoco se puede dejar de observar que el convocante del tribunal de arbitramento fue Fresenius, es decir, la misma empresa que niega haber suscrito el contrato de cesión, de manera que fue ella quien puso en movimiento la jurisdicción arbitral; y el demandado, es decir el recurrente en esta ocasión, es quien pide la anulación del laudo, por los vicios analizados. En tal sentido, es claro que el estudio acerca de la inexistencia del negocio jurídico no es objeto de este pronunciamiento, sino sólo sobre la validez del laudo, desde la perspectiva de su adecuación a los aspectos de forma que debe respetar dicho tribunal.

En *segundo lugar*, y como ya se ha expuesto ampliamente, mediante la presente sentencia se dispondrá la anulación del laudo arbitral por considerar que recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, cuestión que da lugar a que se configure la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y ello en cuanto se ocupó de dirimir controversias que por orden legal no eran transigibles, puesto que para el momento de presentación de la correspondiente demanda arbitral ya había operado la caducidad de la acción, cuestión que, a su turno, determina que la actuación del Tribunal de Arbitramento se hubiere adelantado sin competencia –e incluso sin jurisdicción–.

Pues bien, a partir de la anterior anotación, la Sala estima necesario precisar que con esa postura no se varía ni se modifica la tesis mayoritaria que ha venido sosteniendo en el sentido de señalar que, por el contrario, escapa por completo al ámbito del recurso de anulación, por tratarse de un error *in iudicando* –que no *in procedendo*– el examen de los casos en los cuales los tribunales de arbitramento sí declaran la ocurrencia de la caducidad de la acción aunque dicho fenómeno no se hubiere configurado en la realidad, por lo cual no puede abrirse paso el recurso de anulación en el cual se invoque, por esa circunstancia, la causal consistente en “*no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*” (artículos 163-9 Decreto 1818 de 1988).

Nótese que aunque se trata de dos situaciones que giran en torno a un mismo y único fenómeno jurídico, el de la caducidad de la acción, en verdad se oponen radicalmente entre sí y mal podrían asimilarse:

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.

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

FALLA

Primero. Anúlase el laudo arbitral proferido el 19 de mayo de 2009, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Fresenius Medical Care SA. y el Hospital El Tunal ESE., con ocasión de un contrato de cesión de la participación en la Unión Temporal denominada “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas” por parte del Hospital El Tunal E.S.E. en favor de Fresenius Medical Care SA., suscrito el 12 de junio de 2002.

Segundo: Condénase a Fresenius Medical Care a pagar las costas del recurso de anulación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala
Con aclaración de voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

MIRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

CAUSAL 8 DEL DECRETO 1818 DE 1998: HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISION DE LOS ABITROS – La cláusula arbitral sólo abarcaba los conflictos derivados de la ejecución del contrato y no los de su celebración / EJECUCION DEL CONTRATO - Su análisis no incluye la formación del mismo / NEGOCIOS JURIDICOS - Etapas

Aplicado a esta cláusula el análisis realizado en el apartado anterior, es claro que en ella no se acordó la posibilidad de resolver cualquier clase de controversia contractual que surgiera entre las partes, sino las que se originaran “con ocasión de la ejecución del presente contrato”, de allí que, en principio, el tema no ofrecería mayor dificultad interpretativa sobre el alcance de la misma. Se dice que en principio, porque el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer del conflicto, aduciendo que la “ejecución” incluye la “formación” del negocio, en lo cual está de acuerdo Fresenius; pero no el hospital que ahora actúa como recurrente. Varias precisiones se deben hacer a este respecto, para aclarar el asunto. Como principio general de comprensión del tema, está claro, y así se ha entendido en el manejo que le ha dado a la problemática, que al interior de los negocios jurídicos se suelen distinguir cuatro etapas o momentos, según se deduce de varios decretos reglamentarios –principalmente el actual decreto 2474 de 2008-: i) La precontractual, que incluye el proceso de selección del contratista, y va hasta la adjudicación del contrato o la declaración de desierto del proceso; ii) la celebración o perfeccionamiento del contrato, que se refiere a la suscripción del negocio jurídico; iii) la de ejecución, prevista para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; y iv) la liquidación, que se puede realizar desde el momento en que termina el contrato -por cualquier causa- hasta el

término que pactan las partes o el autorizado por la ley. Es incorrecto sostener, como lo hacen los árbitros en el laudo y también Fresenius -en defensa del mismo-, que la ejecución del contrato incluye su creación, en el sentido en que ésta se vincula necesariamente a aquella, pues "... la habilitación para conocer las diferencias relativas a la ejecución del contrato, implica la habilitación para conocer de la existencia del mismo, pues sólo si el contrato existe puede llegar a ejecutarse válidamente.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Falta de competencia / FORMACION DEL CONTRATO - Su discusión no fue sometida a la Justicia Arbitral / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Las diferencias que se someterían al Tribunal eran las de la ejecución del contrato / FORMACIÓN DEL CONTRATO - Su competencia radicaba en la Justicia Contencioso Administrativa

El orden del análisis para definir la cuestión era más simple de lo que a la postre se volvió el tema, pues si la cláusula compromisoria establece que las diferencias que se someterían a un tribunal de arbitramento eran las de la ejecución del contrato, allí no cabían las discrepancias referidas a otros conflictos -como los precontractuales, o los de la celebración y perfeccionamiento, ni los de la liquidación-. La razón de esta conclusión es sencilla, si se sigue la lógica y el sentido de lo que es el sistema arbitral: Como se requiere habilitación de las partes para que funcione el tribunal de arbitramento, la materia escogida es la que se puede someter a esa forma de solución de conflictos, pero como en el caso concreto la cláusula definió o concretó la materia en función de las etapas de la contratación -escogiendo sólo una de ellas-, entonces a esto se debe atener el intérprete. En consecuencia, extender la jurisdicción a otras fases del contrato no tiene sentido, a juzgar por la literalidad de la cláusula. Desde este punto de vista, resulta inadmisibles que el actor, y luego los árbitros, incluyeran dentro de la cláusula arbitral una materia que desde luego nada tiene que ver con la ejecución del contrato, como es el estudio de la existencia del negocio jurídico. Como la ejecución del contrato hace referencia al cumplimiento de las obligaciones del mismo, y a las implicaciones que se derivan de su incumplimiento, el estudio de la validez del negocio, así como el de su existencia, o cualquier otro aspecto que residiera en la celebración, perfeccionamiento o legalización de aquél, era del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -juez natural del negocio jurídico-.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, DC., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004)

Demandante: HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.

Referencia: RECURSO DE ANULACION

ACLARACION DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el 18 de febrero de 2010, en el proceso de la referencia, conforme a las razones que a continuación expondré.

Si bien la Sala accedió a anular al laudo arbitral, conforme al Proyecto que puse a disposición suya, no admitió una de las razones por las cuales el resultado indefectiblemente se producía, es decir, que confirma -con sobradas razones- la decisión adoptada. Por esta razón, y porque sigo convencido de la validez de este otro argumento, lo expondré a continuación:

Causal 8 del decreto 1818 de 1998, en su aspecto, de “haberse recaído (sic) el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros...”, porque *la cláusula arbitral sólo abarcaba los conflictos derivados de la ejecución del contrato, no los de su celebración.*

Según el recurrente, la cláusula compromisoria del contrato de cesión sólo tenía por objeto resolver las diferencias que surgieran durante la “ejecución” del contrato, no con ocasión de su “celebración”, es por esto que los árbitros, al resolver un conflicto relacionado con la existencia del negocio jurídico, actuaron sin competencia, en los términos prohibidos por la causal octava del art. 163.

Añade que es claro que los árbitros sólo adquieren competencia para resolver los conflictos sobre los cuales las partes les asignan potestad jurisdiccional, y en el caso concreto se limitó la delegación judicial a las controversias derivadas de la ejecución del negocio jurídico, no a otros aspectos, como extensivamente lo entendió el tribunal, razón por la cual se pronunciaron sobre temas no sujetos a su decisión.

Por su parte, Fresenius señaló que en materia arbitral el principio de la “universalidad” rige la interpretación de las cláusulas compromisorias, en virtud del cual todo conflicto se entiende incluido en la cláusula compromisoria, salvo pacto en contrario, pues “... la ejecución del contrato, como su nombre lo indica, involucra todas las etapas del acuerdo de voluntades, desde el momento mismo en que inician los acuerdos preparatorios y su celebración hasta la terminación del mismo.” –fl. 440-. Con este argumento señala que en la expresión “ejecución del

contrato” -contenida en la cláusula compromisoria- se incluyen los conflictos relacionados con la existencia del negocio o su celebración.

El Ministerio Público advirtió que la cláusula compromisoria sólo contemplaba la posibilidad de discutir los asuntos relacionados con la ejecución del contrato, no las controversias referentes a la existencia del negocio.

Retomando esta discusión, es necesario confrontar la cláusula compromisoria pactada con la materia que fue objeto de decisión por parte del tribunal de arbitramento. Dispone la cláusula compromisoria del contrato de cesión:

“OCTAVA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que surjan entre las partes **con ocasión de la ejecución del presente contrato**, serán solucionadas por un Tribunal de Arbitramento, para cuya composición y funcionamiento se sujetará a la ley y a las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.” (Resalto fuera de texto)

Aplicado a esta cláusula el análisis realizado en el apartado anterior, es claro que en ella no se acordó la posibilidad de resolver cualquier clase de controversia contractual que surgiera entre las partes, sino las que se originaran “*con ocasión de la ejecución del presente contrato*”, de allí que, en principio, el tema no ofrecería mayor dificultad interpretativa sobre el alcance de la misma.

Se dice que en principio, porque el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer del conflicto, aduciendo que la “ejecución” incluye la “formación” del negocio, en lo cual está de acuerdo Fresenius; pero no el hospital que ahora actúa como recurrente. Varias precisiones se deben hacer a este respecto, para aclarar el asunto.

Como principio general de comprensión del tema, está claro, y así se ha entendido en el manejo que le ha dado a la problemática, que al interior de los negocios jurídicos se suelen distinguir cuatro etapas o momentos, según se deduce de varios decretos reglamentarios –principalmente el actual decreto 2474 de 2008-:

- i) La precontractual, que incluye el proceso de selección del contratista, y va hasta la adjudicación del contrato o la declaración de desierto del proceso;
- ii) la celebración o perfeccionamiento del contrato, que se refiere a la

- suscripción del negocio jurídico¹⁹;
- iii) la de ejecución, prevista para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; y
 - iv) la liquidación, que se puede realizar desde el momento en que termina el contrato -por cualquier causa- hasta el término que pactan las partes o el autorizado por la ley²⁰.

Pero estas etapas no son inexorables, de hecho, algunos contratos tienen tres o dos de ellas, por razones justificadas. Lo que se quiere indicar con esto es que en la contratación estatal se acepta la existencia de una serie de etapas que conforman el negocio jurídico, y que si bien pueden variar de unos contratos a otros, de unos procesos de selección a otros, lo cierto es que son admitidos por la ley, por la jurisprudencia y la doctrina, e incluso, más que por la fuerza de la pedagogía para su estudio o por su pura diferenciación fáctica, se les distinguen por los efectos jurídicos que tienen.

Así, por ejemplo, en la *fase precontractual* se expiden actos administrativos que sólo se pueden en principio demandar en ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. El *perfeccionamiento* determina la exigencia de ciertos requisitos para su cumplimiento, además de la determinación sobre la existencia del negocio; la *etapa de ejecución* también define las acciones judiciales que proceden contra los actos que se desarrollan allí, así como la posibilidad de ejercer ciertas potestades públicas –esencialmente los poderes exorbitantes- y la de *liquidación* marca el inicio del cómputo del término de caducidad.

Esta ejemplificación alude sólo a unos pocos efectos que se derivan de la

¹⁹ Sobre este aspecto ha señalado la Sección Tercera –sentencia de 28 de septiembre de 2006. Exp. 15.307- que “De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “*acuerdo sobre el objeto y la contraprestación*” (elementos sustanciales) y también que “*éste se eleve a escrito*” (elemento formal de la esencia del contrato).

“Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla “*puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes*”¹⁹

“De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.”

²⁰ Artículo 60, modificado por el 11 de la ley 1.150 de 2007.

distinción de los diferentes momentos o *iter* de los negocios, pero son insuficientes para entender toda su importancia y, sobre todo, las consecuencias que se siguen de su confusión.

No obstante, aunque en esta clase de contratos las cosas son menos claras –por la ausencia de normas que marquen las etapas con precisión y contundencia-, también es evidente la diferencia, por lo menos entre el perfeccionamiento del contrato y su ejecución, y por ello en uno u otro sistema jurídico las cosas no varían en el aspecto que resulta clave para resolver este primer cargo de anulación.

Según lo expuesto, es incorrecto sostener, como lo hacen los árbitros en el laudo y también Fresenius -en defensa del mismo-, que la ejecución del contrato incluye su creación, en el sentido en que ésta se vincula necesariamente a aquella, pues “... la habilitación para conocer las diferencias relativas a la ejecución del contrato, implica la habilitación para conocer de la existencia del mismo, pues sólo si el contrato existe puede llegar a ejecutarse válidamente...” –fl. 208, cdno. Ppal.-

Discrepo de este criterio, aunque tiene un sentido lógico innegable, pero no es el que resuelve la diferencia.

En efecto, el orden del análisis para definir la cuestión era más simple de lo que a la postre se volvió el tema, pues si la cláusula compromisoria establece que las diferencias que se someterían a un tribunal de arbitramento eran las de la *ejecución* del contrato, allí no cabían las discrepancias referidas a otros conflictos - como los *precontractuales*, o los de la *celebración y perfeccionamiento*, ni los de la *liquidación*-.

La razón de esta conclusión es sencilla, si se sigue la lógica y el sentido de lo que es el sistema arbitral: Como se requiere habilitación de las partes para que funcione el tribunal de arbitramento, la materia escogida es la que se puede someter a esa forma de solución de conflictos, pero como en el caso concreto la cláusula definió o concretó la materia en función de las etapas de la contratación - escogiendo sólo una de ellas-, entonces a esto se debe atener el intérprete. En consecuencia, extender la jurisdicción a otras fases del contrato no tiene sentido, a juzgar por la literalidad de la cláusula.

Desde este punto de vista, resulta inadmisibile que el actor, y luego los árbitros, incluyeran dentro de la cláusula arbitral una materia que desde luego nada tiene que ver con la ejecución del contrato, como es el estudio de la existencia del negocio jurídico.

Como la ejecución del contrato hace referencia al cumplimiento de las obligaciones del mismo, y a las implicaciones que se derivan de su incumplimiento, el estudio de la validez del negocio, así como el de su existencia, o cualquier otro aspecto que residiera en la celebración, perfeccionamiento o legalización de aquél, era del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -juez natural del negocio jurídico-.

Sin embargo, urge una precisión en este lugar. Es sabido que el juez del contrato, sólo puede pronunciarse sobre las pretensiones y las excepciones planteadas en la demanda y su contestación, para conservar el principio de la congruencia, y por tanto el debido proceso. Sin embargo, en la contratación pública y privada la ley autoriza al juez a declarar, de oficio, la nulidad absoluta de los contratos, si la encuentra configurada –y siempre que se cumplan otros requisitos establecidos por la jurisprudencia-, para hacer prevalecer el ordenamiento jurídico sobre los vicios y afectaciones a su contenido.

Esta posibilidad rompe la rigurosidad del principio de la congruencia, que impide pronunciarse sobre un tema no propuesto por las partes, porque existe autorización legal para hacerlo.

Desde este punto de vista, bien puede el juez arbitral -que también goza de este poder- no sólo conocer del aspecto concreto especificado en el pacto arbitral, sino de los vicios de validez del negocio jurídico, así como de los de su existencia, pues él, al igual que el juez natural reemplazado, debe controlar la adecuación del contrato al ordenamiento jurídico. En este sentido, si bien no suele expresarse en una cláusula compromisoria la facultad de los árbitros para definir los problemas de validez o de existencia de los negocios jurídicos, debe entenderse que pueden hacerlo, por autorización legal.

Desde siempre se ha entendido que se puede anular el contrato en las acciones contractuales. Ha de entenderse que esto procede siempre que exista competencia para conocer del asunto, es decir, que los árbitros pueden ocuparse

del tema de fondo para el cual fueron convocados –en los términos señalados en el pacto arbitral-, y con ocasión del estudio de la materia podrán ocuparse de los problemas de validez o de existencia que hallen en el contrato.

No ocurrió esto en el laudo que se revisa, y por eso también se debía anular. En efecto, la pretensión de la demanda buscaba la declaración de inexistencia del contrato, con sus demás efectos; no la solución de un conflicto de ejecución contractual, de allí que a la luz de la cláusula compromisoria no existía posibilidad de que los árbitros entendieran que la ejecución del contrato incluía los problemas de perfeccionamiento del mismo. En otras palabras, no se trataba de un conflicto de ejecución, que llevara válidamente -directa o en forma indirecta- a un problema de validez o de existencia del negocio jurídico, que autorizara al tribunal a abordar el asunto.

Por esta razón, no queda duda que el tribunal de arbitramento se pronunció sobre una materia no sujeta a su decisión, y no debió hacerlo, ya que la cláusula compromisoria no tenía ese alcance. Sencillamente, para ese conflicto se debió demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como quiera que fuera de los conflictos relacionados con la ejecución, el contrato de cesión conservó al juez natural para resolver las eventuales diferencias que tuvieran otro origen.

No podía ser más clara la procedencia de la causal octava del art. 163 del decreto 1818 de 1998, toda vez que al resolver una controversia sobre la cual no existe cláusula arbitral que le dé cobertura al tribunal, hace parte de los supuestos que la estructuran, por haberse pronunciado sobre asuntos no sujetos a su decisión, sencillamente porque no podían resolver nada.

No sobra agregar, para dar respuesta específica a uno de los argumentos propuestos por Fresenius -en defensa del laudo-, que la pretendida “universalidad” de los pactos arbitrales –que consiste en que a través suyo se pueden resolver todas las materias de controversia contractual- no es una teoría que defienda la Sección Tercera, salvo en un caso concreto.

Según se expresó, cuando el pacto arbitral se limita a señalar que a través de un tribunal de arbitramento se resolverán las controversias contractuales que tengan las partes de un contrato, se entienden incluidas todas las diferencias que surjan,

de carácter transigible. En este único evento se entiende que las partes no limitaron a determinados conflictos el funcionamiento del tribunal.

No obstante, en aquellos casos donde la cláusula precisa la materia o materias sobre las cuales actuará el tribunal de arbitramento, no es posible entender que incluye otras más, ya que si la voluntad de las partes es la que habilita el arbitramento, entonces no existe razón para vincularlas en una interpretación que carece de justificación y respaldo contractual. Esto es lo que acontece en el caso *sub iudice*, y por eso se debía anular también el laudo arbitral.

Finalmente, haré una precisión aclaratoria, sobre el sentido de esta decisión. Según se observa, hasta este momento del análisis, no ha sido objeto de estudio la veracidad, justicia y corrección sobre lo alegado en la demanda y en la contestación, es decir, acerca de si es cierto o no que Fresenius firmó el contrato de cesión. Me margino de ese debate, porque se refiere al fondo del litigio, el cual está vedado tratar a través del recurso de anulación. De esta manera, el estudio se circunscribe a determinar si el laudo-acertado o desacertado- se pronunció sobre un asunto sujeto a la decisión de los árbitros, y en esa medida el estudio de los aspectos *in procedendo* rigen la competencia de esta jurisdicción.

De otro lado, tampoco se puede dejar de observar que el convocante del tribunal de arbitramento fue Fresenius, es decir, la misma empresa que niega haber suscrito el contrato de cesión, de manera que fue ella quien puso en movimiento la jurisdicción arbitral; y el demandado, es decir el recurrente en esta ocasión, es quien pide la anulación del laudo, por los vicios analizados. En tal sentido, es claro que el estudio acerca de la inexistencia del negocio jurídico no es objeto de este pronunciamiento, sino sólo sobre la validez del laudo, desde la perspectiva de su adecuación a los aspectos de forma que debe respetar dicho tribunal.

En estos términos, dejo sustentada mi posición.

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Falta de competencia / CADUCIDAD - La aplicación de las normas procesales sobre caducidad de la acción no constituye un asunto in iudicando

Entiende mayoritariamente ahora la Sala que lo relativo a la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción constituye un asunto in iudicando, pero únicamente en el evento en que el Tribunal arbitral decide proceder sin competencia para ello, al haber operado la caducidad de la acción, en tanto implica reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros y con base en ello se desestimó la prosperidad de este cargo. Al contrario del criterio expuesto por la mayoría, entiendo que hay lugar a anular no sólo en el evento reseñado por la Sala, sino también cuando no habiéndose configurado la caducidad del término para accionar, ésta es declarada por el juez arbitral, caso en el cual, en mi opinión, el cargo es por falta de decisión, es decir por laudo citra o infra petita. Sin una consideración diferente al sentido de la decisión, la Mayoría entiende que es factible anular las decisiones arbitrales en una hipótesis, sólo cuando el Tribunal Arbitral avoca conocimiento habiendo operado el fenómeno de caducidad, más no en la otra eventualidad posible, cuando decide no conocer el fondo alegando una caducidad que no se ha configurado. Esta forma de razonar lleva implícita una contradicción insalvable: frente a una misma institución procesal, la caducidad, es posible dar dos soluciones enteramente antagónicas. Esta interpretación lleva a concluir que la caducidad tiene la virtualidad de ser un asunto procesal en el primer evento, cuando efectivamente tuvo lugar y no se decretó, para transformarse en un asunto de fondo o in iudicando en la segunda hipótesis, cuando se decide no conocer el fondo alegando una caducidad que no se ha configurado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, DC., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004)

Demandante: HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.

Referencia: RECURSO DE ANULACION

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la sentencia de 18 de febrero de 2010, proferida en el proceso de la referencia, por medio de la cual la Sección Tercera anuló el laudo arbitral proferido el 19 de mayo de 2009, por el Tribunal de

Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre Fresenius Medical Care S.A. y el Hospital El Tunal ESE, me permito aclarar voto en relación con el alcance que la Sala da a la causal de anulación prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, cuando ha operado la caducidad del término para accionar.

La sentencia de la que respetuosamente formulo esta aclaración de voto señala que se configura la causal de anulación prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

“ (...) en cuanto el Tribunal se ocupó de dirimir controversias que por orden legal no eran transigibles, puesto que para el momento de presentación de la correspondiente demanda arbitral ya había operado la caducidad de la acción, cuestión que, a su turno, determina que la actuación del Tribunal de Arbitramento se hubiere adelantado sin competencia –e incluso sin jurisdicción-.”

Pues bien, a partir de la anterior anotación, la Sala estima necesario precisar que con esa postura no se varía ni se modifica la tesis mayoritaria que ha venido sosteniendo en el sentido de señalar que, por el contrario, escapa por completo al ámbito del recurso de anulación, por tratarse de un error *in indicando* –que no *in procedendo*- el examen de los casos en los cuales los tribunales de arbitramento sí declaran la ocurrencia de la caducidad de la acción aunque dicho fenómeno no se hubiere configurado en la realidad, por lo cual puede abrirse paso el recurso de anulación en el cual se invoque, por esa circunstancia, la causal consistente en ‘no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento’ (artículos 163-9 Decreto 1818 de 1988 -sic-).

Nótese que aunque se trata de dos situaciones que giran en torno a un mismo y único fenómeno jurídico, el de la caducidad de la acción, en verdad se oponen radicalmente entre sí y mal podrían asimilarse:

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” (subrayas originales).

Entiende mayoritariamente ahora la Sala que lo relativo a la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción constituye un asunto *in iudicando*, pero únicamente en el evento en que el Tribunal arbitral decide proceder sin competencia para ello, al haber operado la caducidad de la acción, en tanto implica reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros y con base en ello se desestimó la prosperidad de este cargo.

Al contrario del criterio expuesto por la mayoría, entiendo que hay lugar a anular no sólo en el evento reseñado por la Sala, sino también cuando no habiéndose configurado la caducidad del término para accionar, ésta es declarada por el juez arbitral, caso en el cual, en mi opinión, el cargo es por falta de decisión, es decir por laudo *citra* o *infra petita*.

Sin una consideración diferente al sentido de la decisión, la Mayoría entiende que es factible anular las decisiones arbitrales en una hipótesis, sólo cuando el Tribunal Arbitral avoca conocimiento habiendo operado el fenómeno de caducidad, más no en la otra eventualidad posible, cuando decide no conocer el fondo alegando una caducidad que no se ha configurado. Esta forma de razonar lleva implícita una contradicción insalvable: frente a una misma institución procesal, la caducidad, es posible dar dos soluciones enteramente antagónicas.

Esta interpretación lleva a concluir que la caducidad tiene la virtualidad de ser un asunto procesal en el primer evento, cuando efectivamente tuvo lugar y no se decretó, para transformarse en un asunto de fondo o *in iudicando* en la segunda hipótesis, cuando se decide no conocer el fondo alegando una caducidad que no se ha configurado.

Y si bien la segunda hipótesis no se subsume en la causal 8º del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, si lo hace en la causal 9º *eiusdem*, como lo sostuve en la

aclaración de voto que presenté a la sentencia de 10 de junio de 2009, producida en el proceso No.1100 103260002008-00032-00 (35.288):

“(…) me permito aclarar voto en relación con algunos aspectos que hacían parte del proyecto presentado [en condición de Magistrada Ponente], pero que fueron retirados por disposición de la Sala, que mayoritariamente sostuvo tesis contrarias a las planteadas, concretamente en relación con el estudio de la primera de las situaciones que a juicio del censor configuraban la causal quinta de anulación: ‘No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento’ (numeral 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

Entiende mayoritariamente la Sala que lo relativo a la aplicación de las normas de derecho procesal sobre caducidad de la acción constituye un asunto in iudicando, en tanto implica reabrir el debate sobre el fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros y con base en ello se desestimó la prosperidad de este cargo.

A mi juicio, por el contrario, **la caducidad es una institución procesal** y -por lo mismo- de orden público, en virtud de la cual se limita en un período de tiempo el ejercicio de la acción ante la Administración de Justicia, para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad de ciertas relaciones o situaciones en el mundo del derecho; no es susceptible, por lo mismo, de renuncia o limitación por convenio particular. Así lo ha reconocido una y otra vez la Sala, luego de rectificar el criterio sentado en sentencia de 27 de mayo de 2004²¹ al estimar que la caducidad es una institución de estirpe netamente procesal:

‘Entonces, la tesis expuesta que considera las normas que consagran la caducidad como de carácter sustancial, coloca como derecho adquirido la institución de la caducidad en el patrimonio de la persona, lo que conllevaría el riesgo de consentir que el término para ejercer la acción so pena de caducidad pudiera ser materia de disposición o de negociación por los sujetos, cuando, se repite, esta institución es de índole netamente procesal, de orden público y objetiva, es decir, se aplica con independencia del sujeto titular de la acción, razones por las que no es de libre disposición ni admite renuncia.’²²

(…) Esclarecido como está, que las disposiciones jurídicas que establecen los términos para el ejercicio oportuno de la acción y, por ende, el fenómeno de la caducidad, son normas de estirpe

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto Exp. 24371, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²² Hipótesis que riñe con expresos mandatos legales, como el artículo 16 del C.C., de conformidad con el cual “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. Y, el artículo 6 del C.P. Civil, por cuya virtud las normas procesales son de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley, lo que implica que las estipulaciones que contradigan este mandato se tendrán por no escritas.

procesal²³, deberá en estos casos aplicarse el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por cuya observancia ‘las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación’.

La anterior norma, es de aplicación sistemática, habida cuenta que de manera especial y concordante con lo expuesto, el artículo 38 *ejusdem*, ordenó que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de lo previsto en el numeral 1º de esa disposición, que se refiere precisa y específicamente a ‘Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato’, lo que evidencia la naturaleza con la cual el ordenamiento jurídico regula la operatividad en el tiempo de las instituciones procesales estudiadas.²⁴

De otro lado, estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que ‘...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...’, es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal, como así lo ha entendido la jurisprudencia cuando se ha referido a este artículo.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de las diferentes corporaciones²⁵, es claro que dicho segmento normativo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, constituye una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia al futuro para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren

²³ La Corte Constitucional en Sentencia C -832 de 2001 fue enfática a propósito de la norma que establece la caducidad en la Ley 678 de 2001 (acción de repetición) en señalar que:

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. (...) “La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.”

²⁴ Se hace referencia tanto a la institución de la caducidad como su corolario de la acción, puesto que es evidente que el numeral 1º del artículo 38 y el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las cobijan.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Auto de 17 de mayo de 2005, M.P. Rafael Romero Sierra, a propósito de de la vigencia de la ley procesal (Decreto 2282 de 1989) y respecto al artículo 40 de la ley 153 de 1887. Cotes Constitucional Sentencias C-1233 de 29 de noviembre de 2005, C- 619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra C-200 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, M.P. Alfredo Beltrán Sierra (reiterada en Sentencia C-474, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.

Dicho de otro modo, la aludida excepción no versa sobre aquellas situaciones jurídicas que no se han iniciado o surgido procesalmente ante la jurisdicción, como ocurre cuando aún no se ha interpuesto la demanda y, por ende, no existe un proceso en curso, toda vez que en éste caso es evidente que no se está en presencia de un acto procesal pendiente y, como se dijo, la disposición alude a la sustanciación y ritualidad de las etapas de un proceso en trámite, o sea, está referida al procedimiento judicial que se adelanta para obtener una sentencia.

En suma, si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.

Por ello, el artículo 38 de la misma Ley, a propósito del tránsito de las leyes que regulan relaciones contractuales, indica que si bien todo contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración, exceptúa de esta regla 'las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato.'

Por consiguiente, la Sala recoge lo expuesto 'en cuanto que en la medida del derecho de acción resulta directamente afectado por las normas de caducidad, es posible concluir que estas no son de carácter procesal o, mejor que no se trata de disposiciones relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios'²⁶, para concluir que la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto, dicha disposición es de naturaleza eminentemente procedimental y de orden público, tiene efecto general e inmediato y, por lo mismo, entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de su entrada en vigencia, como es el que aún no se hubiera iniciado un proceso judicial, ni hubiera ocurrido la prescripción o caducidad bajo el imperio de la ley antigua.

Reitérese, entonces, que derecho y prescripción, **acción y caducidad, son extremos jurídicos lógicos**, del derecho sustancial los primeros y **del derecho procesal** los segundos.²⁷

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 27 de mayo de 2004, Exp. 24371, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 25000-23-26-000-2002-01610-01 (28.556), Ejecutante: Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, Ejecutado: Municipio de Paimé, Ref.: Apelación-Sentencia Ejecutiva, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En sentido similar Sentencia de 5 de diciembre de 2006, Radicación número: 25000-23-26-000-199309275-01 (15.748), Actor: Sociedad Luis A. Cardenas y Cía., Demandados: Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social -Inurbe- y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Sentencia de 5 de diciembre de 2006, Rad. 250002326000199400044-01 (13750), Actor: German Palomares de Francisco y otros, Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En la misma línea se ha pronunciado la doctrina: vid. entre

Con arreglo a este criterio, la Sala ha reiterado que en materia de caducidad hay que recurrir, en caso de tránsito de legislación, a lo dispuesto por el artículo 40 y no por el artículo 38 -ambos de la ley 153 de 1887- toda vez que 'las normas relativas a la caducidad son de carácter procesal, como lo son todas las disposiciones que en la jurisdicción regulan cómo, cuándo, dónde y ante quién se ha de acudir para lograr la protección judicial que permita o asegure la realización efectiva de los derechos consagrados en las normas sustanciales; lo anterior al punto de que, precisamente, el aspecto de la caducidad debe examinarse dentro de los 'presupuestos procesales' e incluso en caso de verificar su ocurrencia, desde antes del inicio del proceso, se impone el rechazo de la demanda, de plano (artículo 143 C.C.A.).'²⁸

También ha dicho la Sala que 'las normas que regulan el término de caducidad de la acción, son eminentemente procesales, al establecer ni más ni menos, que el plazo máximo dentro del cual se puede presentar una demanda ante la jurisdicción, como medio para obtener que ésta defina determinada situación a través de una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. Siendo ello así, el término de caducidad de la acción, no se rige por el bloque de normas sustanciales vigente al momento de celebrarse el contrato (...) por tratarse de un aspecto relativo al modo de ejercer el derecho de acción, la caducidad se rige por normas procesales.'²⁹

Ahora bien, este **instituto procesal** se aplica por el sólo transcurso del tiempo, y no admite suspensión del término respectivo, que cursa de manera inexorable, salvo la excepción con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 678 de 2001. Además, opera *ipso iure* y debe ser declarada de oficio, de suerte que cuando ella se configura impide el ejercicio de la acción pues jurídicamente la extingue y, por tanto, el proceso no puede iniciarse o proseguirse válidamente.

Cabe precisar que, dado el carácter irrenunciable de la caducidad, no es posible que sea materia de transacción, de disposición y afectación por las partes de una relación o situación jurídica, como si se tratara de un derecho o interés subjetivo con una proyección patrimonial a su favor.

Ahora si un Tribunal arbitral se pronuncia sobre este fenómeno jurídico y declara la caducidad, sin que esta haya operado, el fallo se torna

otros COVIELLO, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, pág. 535. UTHEA 1949, GARRIDO FALLA, Régimen de impugnación de los actos administrativos, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, página 295 y BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, 4 edición, Señal Editora, 1996, pág.134.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Rad. 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239), Actor: Data Base System Ltda., Demandado: Municipio Santiago de Cali, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Auto de 28 de marzo de 2007, Radicación número: 27001-23-31-000-2005-01007-01(33051), Actor: I.A. Ingenieros Asociados Ltda. , Demandado: Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 27 de noviembre de 2006, Rad. 25000-23-26-000-1995-00626-01(14056), Actor: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, Demandado: SOCIEDAD BUHO SEGURIDAD LTDA, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

incongruente y, por tanto, *citrapetita*, por no pronunciarse sobre aspectos sujetos a decisión, al no haberse extinguido la acción.

El juzgador, incluso el arbitral, en desarrollo del **principio de congruencia** (arts. 305 y 306 C.P.C.; 170 C.C.A.)³⁰, está en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado y aquellas declarables de oficio, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas o circunstancias extintivas demostradas en el proceso, aun cuando éstas no hayan sido alegadas, si por disposición legal son declarables oficiosamente o inquisitivamente, como sucede en el caso de la caducidad.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, cuando el juez (o árbitro) decreta la excepción de caducidad del término para demandar en reconvención a pesar de no haberse producido ese fenómeno, se desconoce el principio de congruencia y, por lo mismo, es susceptible de reparos en cuanto a su validez, a través de los remedios judiciales que otorga el Legislador al afectado para lograr su revocación o anulación, según se ejerza un recurso ordinario o extraordinario que permita atacar la providencia por haber incurrido en ese defecto o yerro procesal.

En otros términos, cuando sin haber operado la caducidad, el juez arbitral no estudia la demanda principal o la de reconvención alegando la ocurrencia de este fenómeno, a todas luces el fallo que profiere es incongruente, en su modalidad *citra petita*, esto es, no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, circunstancia que, sin duda, da lugar a la configuración de la causal de nulidad del numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.”

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO

³⁰ Del artículo 305 del C. de P. Civil (y su equivalente en el contencioso administrativo 170 del C.C.A), se desprende que en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, no sólo ocurrido después de haberse propuesto la demanda, sino también cualquiera otro que encuentre probado el juzgador siempre que le esté autorizado; y el inciso primero del artículo 306 *ibidem*, señala que “[c]uando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia”, respectivamente, imperativos procesales de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento (artículo 6 *eiusdem*). Estos preceptos son expresión del principio de congruencia, que exige una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, lo que supone una perfecta simetría entre las excepciones que aparezcan probadas y el fallo.