



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-2020-00132-00 (66315)

CONVOCANTE: CONSORCIO MVG Y OTRO

CONVOCADO: EMPRESA DE VIVIENDA E INFRAESTRUCTURA DE ANTIOQUIA-VIVA Y OTROS

REFERENCIA: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES-No es una segunda instancia. CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Fallo en conciencia o equidad debiendo ser en derecho. FALLO EN CONCIENCIA-El Juez sigue las determinaciones de su fuero interno. FALLO EN EQUIDAD-El juez inaplica la ley por incicua o falla por fuera del ámbito de la ley. FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD-No se evalúa la aplicación de las normas por parte del Tribunal Arbitral. CADUCIDAD EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Cuando la liquidación no se realice con posterioridad al vencimiento del término convencional o legal, ni dentro de los dos años siguientes al vencimiento de este último plazo el término no se puede contabilizar desde la firma del acta de liquidación. PRINCIPIOS-Su aplicación excesiva desnaturaliza el derecho. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL-Fue instituido por el legislador para salvaguardar la seguridad jurídica y es de orden público. JURISPRUDENCIA-Criterio auxiliar de la actividad judicial. JURISPRUDENCIA-Apartarse de las decisiones judiciales no constituye causal de anulación de laudos arbitrales. JURISPRUDENCIA-Los árbitros pueden apartarse de la jurisprudencia. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO-Los árbitros, como jueces que son, en sus decisiones solo están sometidos a la Ley.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por Consorcio MVG y Vías y Viviendas SAS en contra del laudo de 28 de agosto de 2020, que declaró la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

SINTESIS DEL CASO



2
Expediente nº. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

Las convocantes interpusieron recurso de anulación en contra del laudo del 28 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias con ocasión del contrato de obra civil nº. 117 de 2014, celebrado entre Consorcio MVG, la Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva y Fiduciaria Bogotá SA como vocera del Fideicomiso “Fidubogotá-Empresa de Vivienda de Antioquia-Viva”.

ANTECEDENTES

El 25 de marzo de 2014, el Consorcio MVG, la Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva y Fiduciaria Bogotá SA como vocera del Fideicomiso “Fidubogotá-Empresa de Vivienda de Antioquia-Viva” celebraron el contrato nº. 117 de 2014 cuyo objeto era el diseño y construcción de viviendas de interés prioritario en el municipio de Ituango, Antioquia. Las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula decimoséptima del contrato.

El 11 de septiembre de 2019, el Consorcio MVG y Vías y Viviendas SAS -en su calidad de miembro del consorcio y cesionaria de los derechos de los consorciados José Iván Gómez Salazar y Jorge Enrique Mora Henao- presentaron **solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda** ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, con el fin de solucionar las diferencias surgidas con Fiduciaria Bogotá SA y la Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva, en relación con el contrato nº. 117 de 2014. En apoyo de las pretensiones, las convocantes afirmaron que se generó un desequilibrio económico, pues las contratantes incumplieron el deber de planeación, solicitaron la nulidad del acta de liquidación del contrato y el reconocimiento de los costos directos y derivados de la mayor permanencia en la obra.

El 19 de noviembre de 2019, se celebró la **audiencia de instalación** del Tribunal de Arbitramento y se inadmitió la demanda. La demanda fue subsanada y se **admitió** el 10 de diciembre del mismo año. La Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva, en la **contestación a la demanda**, se opuso a las pretensiones al estimar que el acta de liquidación bilateral no adolecía de vicios y



3
Expediente nº. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

que no se rompió el equilibrio económico del contrato. Agregó que no estaba legitimada por pasiva porque no era parte del contrato y que solo se encargaba de la supervisión y de apoyar la gestión de Fiduciaria Bogotá SA. Fiduciaria Bogotá SA contestó de forma extemporánea.

El 28 de agosto de 2020, el Tribunal Arbitral dictó el **laudo** que se recurre. Consideró que operó la caducidad, pues el contrato se liquidó bilateralmente con posterioridad al vencimiento del plazo convencional y después de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral. Las convocantes, en el **recurso de anulación**, propusieron la causal del numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Las razones del recurso, oposición y análisis de la causal se harán en la parte considerativa de esta providencia.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de anulación, de conformidad con el artículo 104.7 CPACA, porque el laudo arbitral fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato nº. 117 de 2014, en el cual una de las partes es una entidad pública.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configura la causal del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales

2. El recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley



4
Expediente nº. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria¹.

Causal invocada: “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Sustentación

Consorcio MVG y Vías y Viviendas SAS esgrimieron que el Tribunal Arbitral falló en conciencia porque: (i) omitió aplicar el numeral iii), literal j) del artículo 164.2 CPACA, pues no contó el término de caducidad desde el día siguiente al de la firma del acta de liquidación bilateral; (ii) aplicó una sanción que no está prevista expresamente en la ley al interpretar la forma como debía contarse el término de caducidad en el caso concreto y declarar que operó la caducidad del medio de control; (iii) inaplicó los “principios” de acceso a la administración de justicia, *pro actione*, *pro damnato* y *pro homine* al declarar la caducidad, porque dio prelación a aspectos formales; (iv) dejó de aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual a los contratos liquidados de común acuerdo solo les aplica la caducidad prevista en el numeral iii), literal j) del artículo 164.2 CPACA y (v) aplicó la regla de caducidad de los contratos que no son liquidados -de mutuo acuerdo o unilateralmente-, a un caso en que el contrato fue liquidado de mutuo acuerdo.

Oposición

Fiduciaria Bogotá SA expuso que el laudo tiene soporte en normas jurídicas y en la valoración probatoria y que las convocantes no acreditaron la existencia de la causal de anulación invocada. La Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva sostuvo que no existe un fallo en conciencia o equidad, pues el Tribunal de Arbitramento tuvo en cuenta las pruebas aportadas, no incurrió en yerros negativos

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, Rad. 29.476 [fundamento jurídico 2.3] y 32.398 [fundamento jurídico 2.2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 937 y 973, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>.



o positivos, porque las normas que las convocantes aducen no son aplicables, ni desconoció el precedente judicial.

Concepto del Ministerio Público

Conceptuó que el laudo se profirió con fundamento en las normas y jurisprudencia, que la interpretación de las convocantes sobre la caducidad equivaldría a desconocer su carácter de orden público y afectaría la seguridad jurídica.

Análisis de la Sala

3. El numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 prevé como causal de anulación del laudo haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. El fallo en conciencia no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de “verdad sabida y buena fe guardada”². A su vez, el fallo en derecho se apoya en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los “principios” que integran el ordenamiento jurídico y que constituyen el marco de referencia de la decisión. El juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia³.

Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que debe acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia y si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 1999, Rad.15.623 [fundamento jurídico tercer cargo].

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2012, Rad. 42.126 [fundamento jurídico 3.2.3.1]



6
Expediente n°. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

medio o al conjunto de todos⁴. Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros *in procedendo* y no *in iudicando*⁵.

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error *in iudicando* sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario. Con todo, se configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso⁶. La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en la providencia configura la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto⁷.

Los fallos en equidad se presentan cuando el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, porque la considera inícuo o conduce a una iniquidad, o cuando busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Según la jurisprudencia, en ninguna de tales hipótesis el juzgador puede prescindir de la motivación o de las pruebas, pues en tal evento ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de esta naturaleza están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, el fallo será en derecho y no en conciencia cuando el juez decide con sustento en las reglas jurídicas, acude en apoyo a principios generales del derecho y valora el acervo probatorio.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695 [fundamento jurídico b], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 pp. 985-986, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591 [fundamento jurídico consideraciones] y sentencia de 16 de junio de 2008, Rad. 34.543 [fundamento jurídico 3.1.2]

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887 [fundamento jurídico 3.1].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 [fundamento jurídico c], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 p 987, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>.



4. La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (i) las pretensiones de la convocante; (ii) la oposición de las convocadas; (iii) los presupuestos procesales; (iv) el marco normativo de la caducidad y (v) el análisis de la caducidad del medio de control de controversias contractuales en las diferencias derivadas del contrato n°. 117 de 2014.

El Tribunal Arbitral sostuvo que la caducidad, como modo de extinción de ciertos derechos por la omisión en su ejercicio dentro del plazo previsto en la ley, es una norma de orden público. Agregó que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia y precisó que cuando la liquidación bilateral se efectúe con posterioridad al vencimiento del plazo convencional o el supletivo legal y dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el término para formular el medio de control debe contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de liquidación del contrato. Sin embargo, cuando el contrato se liquida bilateralmente por fuera de este término, aplica lo dispuesto en el numeral v), literal j) del artículo 164.2 CPACA conforme al cual, una vez vencido el plazo legal o contractual para la liquidación bilateral o unilateral, la demanda deberá intentarse, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad, con independencia de si la liquidación bilateral se produce con posterioridad.

En cuanto a la inaplicación de lo previsto en el numeral iii), literal j) del artículo 164.2 CPACA, el Tribunal Arbitral indicó que el contrato n°. 117 de 2014 se liquidó bilateralmente después del término de dos años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, por ello, no era admisible contar la caducidad desde la firma del acta de liquidación, pues esto permitiría extender el término por voluntad de las partes. Concluyó que como el contrato no se liquidó en este término, ni dentro de los dos años siguientes, la caducidad no podía contabilizarse desde la firma del acta de liquidación y que los demandantes conocieron los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones desde el inicio de la ejecución del contrato. Por ello, la liquidación tardía del contrato no podía reabrir el término para presentar la demanda.



8
Expediente nº. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

5. Frente a la inaplicación de los principios de acceso a la administración de justicia, interpretación restrictiva, *pro actione*, *pro homine* y *pro damnato* que dicen las recurrentes fueron ignorados, estos argumentos se dirigen a cuestionar la interpretación que hizo el Tribunal de Arbitramento tanto de las normas que regulan el término para presentar la demanda, como de la decisión de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera frente a la forma de contabilizar el término de caducidad, cuando el contrato se liquida vencido el término para hacerlo de mutuo acuerdo y unilateralmente, pero por fuera de los dos años siguientes al vencimiento de este último plazo.

6. El desconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la contabilización del término de caducidad de los contratos liquidados de común acuerdo de forma extemporánea y la inaplicación del numeral iii), literal j) del artículo 164.2 CPACA, que se imputa en el recurso, refleja un desacuerdo con la forma en que el Tribunal Arbitral interpretó las disposiciones legales para efectos de declarar que operó la caducidad, en los eventos en los cuales la liquidación se produce luego de vencidos dos años contados desde la fecha en que debió liquidarse unilateralmente.

El hecho que los árbitros no sigan los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado no fue definido por el legislador como causal de anulación de laudos arbitrales (art. 41 Ley 1563 de 2012). Además, pueden apartarse de esos criterios judiciales (art. 4 Ley 169 de 1896⁸ y 7 del CGP), pues los árbitros en sus decisiones solo están sujetos a ley y la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar de la actividad judicial (arts. 116 y 230 CN).

La Sala reitera que el juez del recurso de anulación no está facultado para evaluar la pertinencia del análisis jurídico de las normas de caducidad aplicables al medio de control de controversias contractuales, pues el fallo en conciencia es aquél en el cual el Tribunal Arbitral no lleva a cabo un análisis soportado en el ordenamiento jurídico vigente.

⁸ Declarado exequible bajo el entendido que los jueces al apartarse de la jurisprudencia deben exponer las razones que justifican su decisión. Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001 [fundamentos jurídicos 14-24].



7. Frente a la aplicación de lo previsto en el numeral v), literal j) del artículo 164.2 CPACA, las recurrentes esgrimieron que el Tribunal Arbitral debió aplicar el numeral iii) de esta norma. Las recurrentes no proponen, en realidad, que se esté ante la existencia de un fallo en conciencia, sino un desacuerdo con la forma en que el Tribunal interpretó este artículo y la conclusión conforme a la cual el término de caducidad no se puede contabilizar desde el día siguiente al de la firma del acta de liquidación en los supuestos en que esta se produce vencidos dos años contados desde la fecha en que debió hacerse unilateralmente por la entidad. Es decir, consideran que existe una aplicación incorrecta de la norma. Ello refleja un desacuerdo con la forma en que el Tribunal Arbitral interpretó las disposiciones legales y contractuales, para determinar que operó la caducidad.

En definitiva, como lo expuesto por las recurrentes implica un desacuerdo con la motivación jurídica del laudo, la anulación solicitada no es procedente y, por ello, se desestimaré el recurso extraordinario interpuesto.

Costas

8. El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si el recurso no prospera se condenará en costas a las recurrentes. Como no prosperó el recurso de anulación interpuesto por Consorcio MVG y Vías y Viviendas SAS, la Sala tasaré las costas procesales únicamente en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no se encuentran probados otros pagos como impuestos, pagos de auxiliares de justicia u otros gastos judiciales. En los términos del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, en atención a la naturaleza de este proceso, a la calidad, duración y utilidad de la gestión ejecutada por los apoderados, las recurrentes pagarán la suma de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



10
Expediente nº. 66.315
Convocante: Consorcio MVG y otro
Niega recurso de anulación

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por el Consorcio MVG y Vías y Viviendas SAS contra el laudo arbitral proferido el 28 de agosto de 2020, convocado para resolver las controversias entre el Consorcio MVG, Vías y Viviendas SAS, la Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva y Fiduciaria Bogotá SA como vocera del Fideicomiso “Fidubogotá-Empresa de Vivienda de Antioquia-Viva”.

SEGUNDO: CONDÉNASE a las recurrentes en costas, a pagar a favor de la Empresa de Vivienda e Infraestructura de Antioquia-Viva y Fiduciaria Bogotá SA la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
LMM/PRT/Expediente Digital

NICOLÁS YEPES CORRALES