

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN

TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 11001032600020220007400 (68.217)
Convocante: Servicios Globales en Salud SGS S.A.S
Convocado: ESE Salud Pereira
Referencia: Recurso extraordinario de anulación

La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Servicios Globales en Salud SGS S.A.S. por la causal prevista en el numeral 2 del art 41 de la Ley 1563 de 2012, referida a la caducidad, contra el laudo emitido el 29 septiembre de 2021 por un Tribunal de Arbitramento que sesionó en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Pereira.

Síntesis del caso

La sociedad Servicios Globales en Salud SGS S.A.S y la ESE Salud Pereira convocaron un tribunal de arbitramento para dirimir las controversias surgidas con ocasión de los contratos Nos 0001-2017¹, 022-2017, y 044-2017² que celebraron para el suministro de medicamentos e insumos de baja complejidad contenidos en el POS. Adujo la Convocante que se había presentado incumplimiento en el pago del valor total de los insumos suministrados a la ESE Salud Pereira bajo tales contratos.

El laudo arbitral declaró configurado el fenómeno de la caducidad y, en consecuencia, se abstuvo de hacer pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

¹ Se contrató “bajo la modalidad de outsourcing, la adquisición, suministro y dispensación de los medicamentos ambulatorios, hospitalarios y de urgencias de baja complejidad contenidos en el POS Resolución 5592 de 2015, anexo técnico No. 1, lista de medicamentos POS y anexo técnico 2, lista de los insumos, dispositivos médicos y odontológicos definidos por la ESE Salud Pereira, para los usuarios de la Empresa Social del Estado Salud Pereira”.

² En el segundo y tercer contrato el objeto consistió en “Contratar bajo la modalidad de outsourcing la adquisición, suministro y dispensación de todos los insumos médico quirúrgicos y odontológicos de baja complejidad contenidos en el POS Resolución 6408 de diciembre 26 de 2016, anexo técnico 2, lista de los insumos, dispositivos médicos y odontológicos definidos por la ESE Salud Pereira, para los usuarios de la empresa social del Estado Salud Pereira.

I. ANTECEDENTES

La demanda arbitral

1. Con fundamento en la cláusula compromisoria incorporada en los contratos No. 0001-2017, 022-2017, y 044-2017 (cláusula décima tercera de todos ellos³), el 26 de junio de 2020 la parte Convocante presentó demanda contra la ESE Salud Pereira con la pretensión de que el Tribunal de arbitramento declarara que las facturas allí enlistadas hicieron parte de tales contratos y, por tanto, debía ordenarse su pago por un valor total de \$559.720.100 pesos, junto con los respectivos intereses moratorios.

2. La Convocada no contestó la demanda, según quedó registrado en el Acta No. 13 del 26 de enero de 2021⁴.

Primera audiencia de trámite

3. En audiencia llevada a cabo el 24 de mayo de 2021, el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 13, se declaró competente para conocer de la controversia objeto de la demanda. Al referirse a la caducidad señaló que en ese momento resultaba prematuro hacer un pronunciamiento definitivo sobre su configuración puesto que, para ello, haría falta realizar un estudio de fondo de los medios de prueba aportados, como también de aquellos que de manera oficiosa serían requeridos para su definición. Al respecto indicó⁵:

4. Seguidamente, en la misma audiencia, el tribunal procedió al decreto de pruebas mediante Auto No. 15 del 24 de mayo de 2021; en esa oportunidad, activó sus facultades oficiosas (núm. 1.3 de la referida providencia) y, entre otras, requirió tanto a la parte demandante como a la parte demandada, aportar los siguientes documentos⁶:

³ Fl. 598 y 599 de la carpeta 5, expediente digital.

⁴ Fl. 155 y 156 de la carpeta 5, expediente digital.

⁵ Fl. 256 y 257 de la carpeta 5, expediente digital. Folio 1656 de la foliatura manual.

⁶ Fl. 261 de la carpeta 5, expediente digital. Folio 1658 –anverso– de la foliatura manual.

5. Concluida la etapa probatoria, se adelantó la audiencia de alegaciones el 4 de agosto de 2021 en la que Convocante y Convocada hicieron uso de esta etapa procesal.

El Ministerio Público al emitir concepto señaló que, de acuerdo con el debate probatorio en el que se discutía, entre otros asuntos, si las denominadas actas de terminación suscritas en los tres contratos se correspondían por sus elementos y alcance, con las actas de liquidación de esos negocios jurídicos –y de allí aplicar las previsiones que para el cómputo de la caducidad señala el

literal j) del numeral 2 del art. 164 del CPACA– conceptuó que tales documentos, más allá de su título, contenían tanto el balance del contrato, como la declaración de paz y salvo por todo concepto entre las partes, al igual que la liberación de los recursos restantes; así, al tratarse de actas suscritas de común acuerdo entre contratante y contratista el 30 de diciembre de 2017 (respecto de los 3 contratos en controversia), el término de caducidad de los dos años corrió desde ese momento, por lo que la presentación de la demanda el 26 de junio de 2020 fue extemporánea.

II. EL LAUDO QUE SE SOLICITA ANULAR

6. Corresponde a la decisión proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Tribunal de Arbitramento, conformado por un árbitro único, en la cual se resolvió lo siguiente:

Lo anterior, además del pronunciamiento sobre costas que hizo el tribunal.

7. Como fundamento de tal determinación, el laudo analizó las hipótesis contenidas en el literal j), numeral 2, del artículo 164 del CPACA y, remitiéndose a la jurisprudencia unificada de esta Corporación (Auto del 1° de agosto de 2019) señaló que el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, y precisó que el apartado v) del literal j) solo se debía aplicar cuando al momento de interponerse la demanda el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna.

8. Paso seguido, indicó que la Convocante se refirió en su demanda a las denominadas “*actas de terminación*” sin aportarlas como prueba en su libelo introductorio; de modo que, dada su importancia en torno a la definición de la caducidad y de los demás asuntos ventilados en el proceso (en tanto la Convocada tampoco las aportó pues no contestó la demanda) el Tribunal, de forma oficiosa, requirió a ambas partes a cumplir con su entrega y, en esa oportunidad, fueron remitidas e incorporadas al proceso.

9. Al analizar el contenido de las “*actas de terminación*” de los tres contratos en disputa, concluyó que, por su alcance y contenido, tales documentos eran verdaderas actas de liquidación. De manera que, como todas ellas fueron suscritas de mutuo acuerdo el 30 de diciembre de 2017, declarándose a paz y salvo, el cómputo de la caducidad iniciaba al día siguiente de su celebración, configurándose el fenómeno de la caducidad; lo anterior, llevó a desestimar los planteamientos de la Convocante quien afirmaba que nunca se liquidaron los contratos, situación que modificaba la regla de contabilización del término para demandar. Señaló el laudo: (fl. 617 del c. 5, expediente digital)

E indicó, más adelante, que:

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN

10. Dentro de la oportunidad legal⁷, la parte Convocante interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, con fundamento en la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, puntualmente la relativa a la “caducidad de la acción”.

11. Para fundamentar su censura, luego de referirse a algunos aspectos relacionados con el fondo de la controversia, la recurrente sostuvo que el cómputo de caducidad efectuado por el Tribunal de Arbitramento fue equivocado, pues tal como lo establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el manual de contratación de la ESE demandada, la terminación y la liquidación corresponden a dos momentos diferentes, que aquí se confunden; y agregó que: (fl. 635 ídem).

“frente a la ‘interpretación’ realizada por el Tribunal frente al contenido de las actas de terminación, es tan lógico señalar que este caso, como todos los casos relacionados al contrato estatal, deben analizarse en forma Sistemática (sic) y no exegética pues, después de haberse determinado en el proceso que en efecto, la ESE SALUD PEREIRA no canceló los servicios prestados por SGS S.A.S., no puede declararse un efecto absoluto al PAZ Y SALVO (sic) que, a todas luces, fue lo que indujo a error a la empresa con la confianza legítima que los dineros pendientes serían cancelados y de buena fe”

(...) en el presente caso, no sólo la demandante probó la falta de pago de los dineros deprecados sino que también la demandada ... en el informe rendido por el señor Gerente ... admitió la existencia de la obligación, razón por la cual no se explica el efecto ABSOLUTO, DOGMÁTICO y EXEGÉTICO otorgado a la frase contenida en las actas de liquidación sobre declararse a paz y salvo,

⁷ Como fue analizado mediante auto del 13 de mayo de 2022 proferido por el despacho ponente, el recurso de anulación cumplió los requisitos de oportunidad y forma contemplados en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, en tanto se presentó y sustentó con la indicación de la causal invocada, ante la Secretaría del Tribunal de Arbitramento el 11 de noviembre de 2021, esto es, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo arbitral ocurrida el 29 de septiembre anterior.

además que por esa razón les otorgó la calidad de actas de liquidación, lo cual deviene en una posible interpretación subjetiva e incongruente” .

12. Indicó que lo cierto en este caso, era la existencia de una deuda no pagada por la Convocada, e insistió en que los contratos no han sido “liquidados normalmente [y,] por el solo hecho de contener un paz y salvo no puede otorgárseles el efecto de liquidación, se reitera, que no existen actas de liquidación sino de TERMINACIÓN que implica dos documentos muy diferentes ...” (fl. 640 ídem).

En suma, aseguró que no se había configurado la caducidad ya que el término debía contabilizarse a partir del momento en que venciera el plazo para la liquidación unilateral, pues los contratos no habían sido liquidados. Insistió en que el cómputo de la caducidad era el siguiente: (fl. 644 ibidem)

13. De los cargos se corrió traslado a la empresa Convocada quien guardó silencio⁸.

14. Por su parte, el Ministerio Público al emitir concepto consideró que el recurso de anulación formulado es improcedente porque: (i) la parte actora pretende que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del asunto como una segunda instancia de cara a la valoración probatoria efectuada por el árbitro único, sin que ello esté permitido por la ley; y (ii) porque la causal invocada no encaja en los supuestos fácticos para su configuración, en tanto ésta sólo procede cuando el tribunal de arbitramento decide un asunto pese a haber operado la caducidad y no al contrario, es decir, cuando el tribunal encuentra probado dicho fenómeno jurídico; subraya que así lo tiene establecido la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

IV. CONSIDERACIONES

(i) Competencia para conocer del recurso de anulación

15. Le asiste competencia a esta Subsección para conocer del recurso extraordinario de anulación conforme al artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 que dispone: “*Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos*

⁸ Según constancia secretarial visible a fl. 678 del c. 5, expediente virtual. Fl. 1885 foliatura manual.

arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

En este caso, como la parte convocada es la Empresa Social del Estado Salud Pereira, entidad pública del orden municipal, creada mediante Acuerdo No. 56 del 29 de agosto del año 2000 del Concejo Municipal de Pereira, el conocimiento del presente asunto corresponde a esta Corporación, y concretamente a esta Sección, conforme a la naturaleza de dicha entidad.

(ii) Cuestión preliminar

16. Antes de emprender el análisis de la causal de anulación invocada, la Sala estima útil destacar brevemente algunas características del arbitraje que ofrecen claridad respecto al carácter excepcional, restrictivo y extraordinario de este medio de impugnación y determinan el papel del juez al abordar su examen.

17. En línea de principio, hay que señalar que la génesis del arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de controversias, descansa en el principio de *voluntariedad*, por cuya virtud las partes acuerdan libremente renunciar a la jurisdicción del Estado para, en su lugar, deferir a árbitros la solución de un conflicto transigible, ya sea actual o futuro.

En otras palabras, se trata del reconocimiento que el constituyente ha asignado a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, para investir conjunta y transitoriamente a unos particulares de la función pública de administrar justicia; de manera que este acto dispositivo desplaza la jurisdicción estatal, y con ella

las etapas, trámites e instancias allí establecidas, para adoptar un modelo propio que inscribe la resolución de la disputa en el marco legal y constitucional dispuesto para el proceso arbitral.

18. Así las cosas, considerando que es voluntad de las partes que su conflicto se resuelva por árbitros, el laudo se torna vinculante y concluyente para sus gestores habilitantes, pues tal decisión “*se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada*”⁹, bajo la estructura de un proceso que materialmente es de única instancia, escogido por las partes al convenir el pacto arbitral.

19. Entonces, más allá de las equivalencias que acompañan las sentencias y los laudos arbitrales, existe una especial distinción en relación con los recursos que se pueden interponer. Así, frente a las primeras y por regla general, procede el recurso de apelación que habilita reexaminar a través de una segunda instancia, las inconformidades sustanciales y adjetivas respecto de

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011.

la decisión adoptada por el juez de primer grado; respecto a los segundos, es decir frente a los laudos arbitrales, y por cuenta del principio de voluntariedad, el recurso de apelación no está disponible pues la decisión arbitral adoptada es (i) la acordada por las partes; (ii) tiene carácter vinculante; y, (iii) se trata de un modelo procesal que no admite una segunda instancia; por ello, la apelación es un trámite impropio y ajeno al instituto arbitral¹⁰.

20. De manera que los mecanismos de impugnación para atacar los laudos arbitrales escapan a los cuestionamientos relacionados con aspectos sustanciales del litigio –errores *in judicando*– pues no existe un superior jerárquico de los árbitros; este razonamiento explica el denominado principio de permanencia de la decisión arbitral, por cuya inteligencia, son las partes del conflicto quienes descartan acudir a la jurisdicción estatal a través de su renuncia expresa, inscribiéndose en un modelo procesal con etapas propias y efectos definitivos. De suerte que, el recurso de anulación se califica como *extraordinario* y sólo se ocupa de examinar las faltas que comprometan las formas propias de cada juicio, en este caso del arbitral, a través de la configuración de alguna de las causales taxativas previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 o errores *in procedendo*.

Con este horizonte la Sala pasa a analizar la causal invocada por el recurrente.

(iii) Causal 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

21. El artículo 41 del Estatuto de Arbitraje, prevé como causal segunda de anulación “[l]a caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, siendo objeto de análisis bajo el *sub lite*, la primera de tales hipótesis normativas.

22. En relación con la caducidad, corresponde indicar que a través de esta

figura el legislador ha establecido los límites temporales en que puede ser ejercido el derecho de acción. Para ello, realiza una actividad de ponderación entre el interés de quien pretende resolver un conflicto en sede judicial y el interés general que concreta el principio de seguridad jurídica entre los asociados; balance que tiene como resultado la determinación de una medida de tiempo o plazo razonable para ejercer cada uno de los medios de control, de forma que se garantiza el derecho de acción, a la vez que se evita la

¹⁰ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007 señaló: “(...)los laudos arbitrales no son completamente equiparables en sus características formales y materiales a las sentencias judiciales, principalmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y libre de los árbitros por las partes en conflicto, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación, como sí lo están las decisiones adoptadas por los jueces. Si los laudos fueran apelables ante los jueces, la disputa cuya resolución las partes voluntariamente decidieron confiar a unos particulares habilitados por ellas terminaría siendo desatada precisamente por el sistema estatal de administración de justicia de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía contractual y de la facultad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, querían sustraer esas controversias específicas en virtud de una cláusula compromisoria o de un compromiso

indefinición de situaciones jurídicas que harían perenne e inagotable la pugnacidad social.

23. En esta línea, el instituto de la caducidad sanciona los eventos en que determinados dispositivos de control judicial no son promovidos en los plazos específicos fijados por la ley. Así que, una vez transcurrido el límite temporal dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, la caducidad se revela como medio extintivo del mismo. Sobre esta figura jurídico procesal mucho se ha explicado, tanto en pronunciamientos de esta Corporación como en sede constitucional; entre otros, cabe destacar los siguientes:

“...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos”¹¹.

Por su parte, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de la caducidad de los medios de control en lo contencioso administrativo, indicó:

La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos”. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

- **La caducidad como causal de anulación**

24. Como antecedente normativo, se recuerda que esta causal carecía de consagración autónoma y su reproche se tramitaba a través de la invocación de la hipótesis de anulación prevista en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que cuestionaba, por diversas vías, la competencia del tribunal arbitral, al disponer:

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

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05, M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

25. Así las cosas, la entonces causal octava se dirigía a sancionar el laudo proferido por objeto o causa distinta a la que fue pretendida o invocada en la demanda, así como los eventos en que se condenara por más de lo pedido – fallos *extra* y *ultra petita*, respectivamente–; de esta categoría participaban, igualmente, los reproches a la competencia de los árbitros cuando fallaban sobre asuntos que de acuerdo con el pacto arbitral no se habían sometido a su decisión, o aquellos que por ley no podían ser objeto de arbitraje.

26. En esta última hipótesis quedó comprendida, entre otras, la figura de la caducidad, en tanto su configuración se constituía en una falta de competencia de los árbitros quienes, por tal razón, no podían emitir una decisión válida ante la carencia de este atributo. Así, en vigencia del citado Decreto 1818 de 1998 esta Colegiatura explicó, con meridiana claridad, el alcance de la mentada causal octava, y respecto a la caducidad indicó lo siguiente:

“El numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 prevé como causal de anulación el ‘haberse (sic) recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido’.

(...) como en materia arbitral la competencia de los árbitros queda circunscrita a los precisos puntos que las partes quisieron someter a su decisión, resulta claro que cualquier pronunciamiento ajeno a este thema decidendum se hará sin competencia alguna y se abriría paso la causal de nulidad comentada.

*Sin embargo, puede distinguirse un evento más que puede quedar comprendido en la causal que aquí se menciona y que es precisamente el que aducen las recurrentes. Este evento no es otro que el **haber resuelto el laudo una cuestión litigiosa a pesar de haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción**. En efecto, si la acción ha caducado ya no hay posibilidad, por mandato legal, de ventilar judicialmente la cuestión litigiosa y por ende el juez que asuma el conocimiento de un asunto en estas circunstancias lo estará haciendo sin competencia para ello y por ende finalmente resolverá “puntos no sujetos a la decisión” de ese juzgador, lo que indudablemente configuraría la aludida causal”¹² (negrilla añadida).*

27. Se advierte entonces que la sanción de anulación, vinculada al fenómeno de la caducidad, desde sus orígenes, únicamente comprendió los eventos en que se presentaba su configuración, por entrañar una limitación al ejercicio de la competencia de los árbitros; hipótesis que, a su turno, no impedía que la caducidad pudiera ser declarada en el laudo, pues una decisión en tal sentido es consistente con las atribuciones de las que es dotado el juez –en este caso,

el árbitro– de declararla cuando la hallare probada, y en cualquier momento en que advierta su configuración.

28. Con la entrada en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en el año 2012, la génesis y el alcance de la causal de caducidad no desaparecieron, sino que se le atribuyó carácter autónomo en el numeral 2

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00034-01(41.471), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, disposición en la cual se depositaron los cuestionamientos sobre la competencia de los árbitros en términos de “*caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”; todos orientados a limitar las atribuciones del tribunal arbitral para ocuparse del conocimiento de la controversia.

29. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en explicar el alcance de la causal de anulación por *caducidad de la acción*, y ha distinguido dos escenarios: el que configura causal de anulación y aquel que no, en los siguientes términos:

“Partiendo de la base que la caducidad de la acción impide formular ante el juez determinadas pretensiones por el hecho de haber dejado transcurrir el término señalado en la ley sin haber ejercido la correspondiente acción, en materia arbitral, la causal segunda del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto a aquel fenómeno se refiere, queda circunscrita únicamente a aquella hipótesis en que los árbitros deciden el fondo la cuestión litigiosa, a pesar de que ha operado el fenómeno preclusivo de la acción.

En efecto, nótese que el numeral segundo del artículo 41 de la ley arbitral recoge todos aquellos eventos en los que el juzgador no está habilitado para decidir la controversia, bien porque carece de jurisdicción, o porque no tiene competencia para ello, o simplemente porque se lo impide el hecho de haberse consolidado el fenómeno de caducidad al derecho de acción.

Luego, si la causal en comento recoge los eventos en que el árbitro no puede decidir de fondo, y sin embargo decide, mal puede controvertirse un laudo con fundamento en que ocurre precisamente todo lo contrario, esto es, cuando el árbitro se abstiene de resolver porque estima que la acción ha caducado”¹³
(se resalta).

30. Este razonamiento se constata en los debates que en sede legislativa se surtieron para llegar a la expedición de la Ley 1563 de 2012, de cuyo trasegar se observa que, en principio, el proyecto de ley¹⁴ no incluía la figura de la caducidad en el numeral 2° de las causales de anulación, pues éste sólo se refería a la falta de jurisdicción y competencia¹⁵. El texto así propuesto, sin incluir la caducidad en el citado numeral 2°, se mantuvo en la primera ponencia Senado¹⁶, segunda ponencia Senado¹⁷ y en el texto aprobado en plenaria del

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de mayo de 2019, Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00134-00 (62086), M.P. Nicolás Yepes Corrales.

¹⁴ Proyecto de ley No. 018 de 2011 Senado, 176 de 2011 Cámara.

¹⁵ Gaceta del Congreso de la República 542 del 29 de julio de 2011 – Exposición de motivos. Veren:

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_542.pdf

¹⁶ Gaceta del Congreso de la República 817 del 2 de noviembre de 2011. Consultado en:http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_817.pdf

¹⁷ Gaceta del Congreso de la República 946 del 7 de diciembre de 2011. Consultado en:http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_946.pdf

Senado¹⁸, al igual que en el texto propuesto para primer debate en Cámara de Representantes (tercer debate)¹⁹ a dicho proyecto de Ley.

31. Fue en curso del segundo debate en Cámara ²⁰ donde se plantearon algunas modificaciones al texto que venía siendo discutido; entre ellas, se incluyó en la causal 2° de anulación el fenómeno de la caducidad, y se explicó que ello procedía en los términos y *“tal y como lo ha hecho el Consejo de Estado, que, en relación con laudos arbitrales que definen conflictos contractuales de las entidades estatales, la caducidad de la acción contractual puede tipificarse como causal de anulación¹⁸”*; y advirtió que, *“[s]i el tribunal de arbitraje omitió dar cumplimiento a la ley y declarar de oficio una caducidad esto debe ser motivo de anulación del laudo arbitral”*.

32. Además, para precisar el alcance de la figura de la caducidad en sede arbitral, el legislador tuvo la precaución de remitirse a un pronunciamiento específico del Consejo de Estado, dado el carácter taxativo de las causales de anulación –pie de pág.18 del texto del referido debate– en el que puntualizó que esta causal sólo se configura, como acontecía en aplicación del Decreto 1818 de 1998, cuando habiendo operado la caducidad del medio de control se fallaba sin competencia. El citado pie de página indicó:

33. Este ejercicio de constatación, en el que convergen los criterios de interpretación gramatical²¹ e histórico²² de la ley, aplicables ante la duda que

¹⁸ Gaceta del Congreso de la República 987 del 21 de diciembre de 2011. Consultado en:http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_987.pdf

¹⁹ Gaceta del Congreso de la República 108 del 27 de marzo de 2012. Consultado en:http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_108.pdf

²⁰ Gaceta del Congreso de la República 321 del 6 de junio de 2012. Consultado en:http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_321.pdf pág. 18.

²¹ Los artículos 25 y ss. del Código Civil, desarrollan los criterios de interpretación de la ley, entre los cuales el art. 27 dispone: *“ARTICULO 27. <INTERPRETACION GRAMATICAL>. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”*.²² De acuerdo con la Corte Constitucional *“el método histórico ... intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios”*; criterio que, unido al gramatical, en el caso concreto, son expresión directa de la intención del legislador en la historia fidedigna de la ley, en tanto (i) permite conocer el alcance de esta causal en la historia normativa que antecedió la expedición de la Ley 1563 de 2012, y (ii) al dar lectura a las discusiones y razones expresadas por el legislador en los distintos debates de gestación normativa, permite conocer el alcance de la innovación de incluir al fenómeno de la caducidad en la causal 2, dotando de sentido, además, y

pueda surgir en relación con el alcance de la causal de anulación relativa a la caducidad, son expresión fidedigna de las razones que condujeron al legislador a su incorporación en el artículo segundo del estatuto arbitral, en orden a reproducir en el texto legal los pronunciamientos efectuados por las altas corporaciones judiciales en la materia; todo ello, bajo un ejercicio que el citado proyecto denominó como normativización de la jurisprudencia, en el cual se justificó esta forma de producción legislativa indicando que “*se hace necesario al momento de legislar estudiar la jurisprudencia de las altas cortes para proceder a normativizar aquella que se considera afortunada*”.²³

34. Con expresión cierta del alcance de esta causal, basta acudir al contenido de la sentencia que fue particularizada por el legislativo para explicar el fundamento y alcance de esta hipótesis de anulación, sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 37004 que, al respecto, definió lo siguiente:

“(...) 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;

por contexto, al requisito de procedibilidad que debe agotarse en cualquiera de los tres eventos que conforman dicha causal segunda.

²³ Ídem. Pág. 11

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". (se subraya)

35. Los anteriores postulados, traídos a la causal segunda de anulación bajo el estatuto arbitral de 2012, al ser analizados, además, de forma sistemática en conjunto con las demás disposiciones que conforman el proceso arbitral, dotan de sentido la incorporación del requisito previsto en el inciso cuarto del artículo 41 ibidem, por cuya virtud se exige para definir la procedibilidad de las causales contenidas en los numerales 1 a 3 de dicha norma, que el recurrente hubiese hecho *"valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia"*.

Exigencia que razona en torno a la posterior invocación de tales eventos como causales de anulación, con el fin de evitar que se llegue a la expedición de un laudo que no podía preferirse por ausencia de pacto arbitral (núm. 1°), falta de competencia, falta de jurisdicción, o caducidad (núm. 2°), o no haberse constituido el tribunal en forma legal (núm. 3); y que, en orden al asunto que convoca la atención de la Sala, de ninguna forma reprime la competencia para que justamente se declare su ocurrencia, al emitir el laudo respectivo.

(iv) El caso concreto

36. La parte Convocante al interponer el recurso de anulación, invocó como fundamento la causal 2 de anulación referida a la caducidad de la acción, y, para estos efectos, planteó su desacuerdo con la decisión arbitral de haber declarado la configuración de este instituto en el laudo emitido.

Cuestionó, con la misma finalidad, los análisis legales y probatorios realizados por el Tribunal de Arbitramento que lo llevaron a interpretar y concluir que el documento titulado "acta de terminación" suscrito por ambas partes, se constituía, por su alcance y contenido, en una verdadera acta de liquidación; además, reprochó las valoraciones efectuadas en torno al contenido de la expresión de *paz y salvo* incorporada en tales documentos, y de allí, sostuvo que el punto de partida para el cómputo de la caducidad se efectuó de manera errada en el laudo, por lo que se ocupó de indicar la interpretación que debía hacerse de tales actas –distinguiendo entre la etapa de terminación y la de liquidación del contrato estatal– en función de desacreditar la decisión adoptada por el árbitro único de hallar configurada la caducidad.

37. Advierte la Sala, en primer lugar, que los fundamentos ofrecidos en la impugnación objeto del *sub examen*, son propios de un recurso de apelación –inexistente bajo el modelo del proceso arbitral– en el cual la parte inconforme promueve el control judicial de la decisión de primer grado en una estructura que impone la existencia de un superior jerárquico a quien compete examinar los defectos adjetivos y sustanciales que, a juicio del censor, deben ser removidos del mundo jurídico, en una aplicación debida de la ley.

Contrario a ello, en sede arbitral está excluido el recurso de alzada en

consideración a la especial arquitectura procesal definida en la ley de arbitraje, escenario donde la decisión contenida en el laudo es definitiva y por regla general intangible, dentro de un proceso que transcurre en única instancia y al que las partes llegan por su sola voluntad, sujetándose de forma ineludible a su estructura, recursos, así como a los efectos de tal decisión.

38. De esta forma, al ser los planteamientos del recurso presentado verdaderos argumentos de apelación –en tanto controvierten las valoraciones efectuadas por el Tribunal al interpretar los documentos de terminación del contrato, el alcance del paz y salvo emitido por las partes, y los análisis que condujeron a efectuar el cómputo de la caducidad a partir de tal interpretación– se evidencia que el examen postulado por el recurrente desnaturaliza y supera la competencia conferida al juez de la anulación, el cual no corresponde ni puede ser suplantado por un disenso puro de apelación, pues el ámbito del recurso contra laudos arbitrales está restringido a aspectos *in procedendo*; tal como lo corrobora la prohibición que sobre la materia trae el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, que dispone:

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

Conforme a lo indicado, no puede dejar de advertir la Sala que, en este caso, no se formuló un recurso extraordinario de anulación, sino uno de apelación, el que, a todas luces, es improcedente.

39. Al lado de lo anterior, puntualmente en torno a la caducidad esgrimida como hipótesis de anulación, habrá de decirse que, como el argumento de la impugnante alude a su inconformidad frente a la decisión del árbitro de haber declarado su configuración en el laudo, se tiene por averiguado que por esa vía no tiene cabida un pronunciamiento de anulación pues, como ampliamente fue analizado en el acápite precedente, la caducidad sólo puede invocarse en aquellos eventos en que habiendo operado este fenómeno preclusivo el tribunal de arbitramento no lo hubiere declarado y fuera emitido el respectivo laudo, siendo éste el escenario en que se afecta la competencia en sede arbitral.

40. Al hilo de lo dicho, según se itera en la jurisprudencia y se corrobora en las motivaciones del proceso de gestación normativa adelantadas en sede legislativa (numerales 29 al 34 de esta providencia), no son parte de dicha causal de anulación los eventos en que *“el árbitro declara la caducidad y la parte recurrente alegue que no se configuraba, pues dicho supuesto conduciría al juez de la anulación a pronunciarse sobre las valoraciones y consideraciones del Tribunal Arbitral -errores in iudicando, lo cual escapa a su competencia”*²⁴.

Por consecuencia, como es esta la hipótesis que formula la impugnante al cimentar su recurso es evidente que tal evento escapa a la causal segunda invocada, situación que, dada su improcedencia, impide abrir paso a una declaratoria de anulación, y su destino conduce a declarar infundado el presente medio de control.

(v) Costas

41. El inciso 5° del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que, si ninguna de las causales prospera se declarará infundado el recurso extraordinario de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público. De conformidad con lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho se tasan en atención a la complejidad y la duración de la actuación que adelantó la vencedora.

En este caso, a pesar de que no prosperó la causal invocada, no hay lugar a condenar en costas a la recurrente²⁵, porque la ESE Salud Pereira no se opuso al recurso extraordinario de anulación, ni tampoco hubo actuación alguna de su parte en el trámite surtido ante esta Corporación, de ahí que no se hayan causado agencias en derecho.

V. PARTE RESOLUTIVA

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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de noviembre de 2021, Radicación número: 11001-03-26-000-2021-00141-00 (67223), M.P. Nicolás Yepes Corrales.

²⁵ En casos similares, esta Subsección ya se ha pronunciado en estos términos. Ver, entre otras, Sentencia del 11 de mayo de 2022, Exp. 11001032600020220005100 (68123) M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Tal proveído, a su turno, hizo referencia a jurisprudencia de la Sección Tercera en la que se consideró: “6. El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente. Como no se encuentran probadas las agencias en derecho, pues la convocada guardó silencio frente al recurso, y tampoco se probaron otros pagos como impuestos, pagos de auxiliares de justicia u otros gastos judiciales, no se condenará por esos conceptos” (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de abril de 2021, expediente No. 65.480, M.P. Guillermo Sánchez Luque).

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Servicios Globales en Salud SGS S.A.S, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta decisión, se ordena devolver el expediente al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Pereira, por conducto de la Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE²⁶
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

V.F

²⁶ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.