

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / MODALIDADES DE INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / FALLO EXTRA PETITA / INEXISTENCIA DEL FALLO CITRA PETITA / PROCEDENCIA DE FALLO EXTRA PETITA / NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

[E]n el sub examine se advierte que el fundamento para que los árbitros se pronunciaran sobre la validez del párrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra [...] se halló en: (i) lo argumentado por la convocada en la contestación a la demanda; y (ii) el deber legal que le asiste a todo juez de declarar la nulidad absoluta del contrato o de una de sus cláusulas, cuando la misma aparezca de forma manifiesta en el proceso. En consecuencia, se colige que el laudo proferido el 5 de abril de 2019 no recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros -extra petita- y, por lo tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, comoquiera que la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del párrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra [...] se originó como consecuencia de los argumentos planteados en la contestación a la demanda y del deber legal que le asistía al Tribunal de declararla. [...] Se desprende de lo anteriormente expuesto que, no prosperando la causal invocada por la Unión Temporal Aguas de Valledupar, es consecuencia obligada declarar infundado el recurso de anulación y condenar en costas a la recurrente.

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

COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ÚNICA INSTANCIA / CONTRATO ESTATAL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / INEXISTENCIA DE LA PERSONERÍA JURÍDICA / FINDETER / FUNCIONES DEL FINDETER / NATURALEZA JURÍDICA DE FINDETER / RECURSOS PÚBLICOS / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, de conformidad con lo establecido en el numeral 7° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3° del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012. [...] [R]esulta claro que en el presente asunto, siendo el patrimonio autónomo un conjunto de derechos y obligaciones sin personería jurídica, para efectos de determinar si en el sub-judice nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER -los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación, que en el presente caso consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, circunstancias que permiten colegir que los efectos del contrato de obra celebrado con la Unión Temporal demandante se radican en cabeza de las entidades

públicas que celebraron el Convenio Interadministrativo

de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero que dio origen al referido contrato de obra, es decir, la Nación- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER y municipio de Valledupar, punto en relación con el cual no puede dejar de advertirse la indudable relación de interdependencia existente entre el citado Convenio Interadministrativo, el contrato de “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico” celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FINDETER, el contrato de fiducia de administración y pagos celebrado entre FINDETER y Fiduciaria Bogotá S.A. con el objeto de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y el contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 del 15 de marzo de 2013, suscrito con la Unión Temporal Aguas de Valledupar. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la Sección Tercera de esta Corporación es competente en única instancia para conocer del recurso extraordinario de anulación formulado por la Unión Temporal Aguas de Valledupar en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, de conformidad con el numeral 7° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3° del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 [...].

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERAL 7 / LEY

1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46 INCISO 3

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /  
NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /  
PROCESO ARBITRAL / ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL  
CENTRO DE ARBITRAJE / LAUDO ARBITRAL / PACTO ARBITRAL / CARACTERÍSTICAS  
DEL PROCESO ARBITRAL / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

[C]omo consecuencia del reconocimiento constitucional de la voluntad y decisión de las partes de sustraerse a la justicia ordinaria y someter la resolución de sus disputas al conocimiento de los árbitros, estos ejercen función jurisdiccional, administrando justicia de manera transitoria exclusivamente para efectos de solucionar la disputa sometida a su conocimiento, en virtud de la habilitación que mediante el pacto arbitral han realizado las partes, quienes les confieren competencia para el conocimiento y decisión de determinados asuntos. Bajo el anterior contexto, la justicia arbitral se caracteriza porque: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual las partes confieren a los particulares la función de la administrar justicia; (ii) se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación , en tanto que la competencia de los árbitros para impartir justicia surge en virtud de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de su controversia del sistema ordinario de administración de justicia; (iii) es de carácter temporal, porque su existencia es transitoria, limitada en el tiempo y sujeta a la resolución del conflicto específico sometido a consideración de los árbitros; (iv) es excepcional, dado que se encuentra sujeta a claras limitaciones materiales, de suerte que solo se pueden someter a arbitraje asuntos de libre disposición y aquellos que la ley autorice; y (v) se entiende como una institución de carácter procesal, dado que el arbitramento garantiza los derechos de las partes enfrentadas, disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los

argumentos y la valoración de las pruebas aportadas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre función jurisdiccional de los árbitros y la naturaleza del pacto arbitral, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de

marzo de 2012, rad. 18013, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /  
FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL /  
CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ARBITRAL / FINALIDAD DEL RECURSO DE  
ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE  
ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

/ REQUISITOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES  
DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR  
ERROR IN PROCEDENDO / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN  
CONTRA LAUDO ARBITRAL

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado la naturaleza y características del recurso de anulación, destacando de manera pacífica y uniforme, lo siguiente: El recurso de anulación es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario y, por lo tanto, no puede ser utilizado como una segunda instancia a través de la cual se pretenda reabrir el debate sobre el fondo del litigio. La finalidad del recurso debe estar orientada a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo y no por errores in iudicando, es decir, su examen se contrae al análisis de aspectos procesales mas no sustanciales. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por los árbitros en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria, tal y como está previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 [...]. Las facultades del juez del recurso de anulación están limitadas por el llamado “principio dispositivo”, según el cual el recurrente, al formular y sustentar su recurso, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, delimita el objeto que persigue con su interposición. En consecuencia, al juez de la anulación no le está permitido establecer cuál es la causal que invoca ni interpretar lo expresado por el impugnante o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso, por lo que deberá rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a las señaladas en la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 42

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y características del recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de enero de 2019, rad. 62476, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 23 de abril de 2018, rad. 59731, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 19 de julio de 2017, rad. 59067, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 31 de agosto de 2015, rad. 53585,

C. P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; sentencia de 9 de abril de 2018, rad. 59270,

C. P. Guillermo Sánchez Luque.

## RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / MODALIDADES DE INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / FALLO CITRA PETITA / FALLO EXTRA PETITA / FALLO ULTRA PETITA / FALTA DE JURISDICCIÓN / FALTA DE COMPETENCIA

El análisis de esta causal responde a un estudio objetivo de la acepción externa del principio de congruencia -artículo 281 del C.G.P.-, consistente en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y las pretensiones y hechos que se aducen en la demanda, así como las

excepciones propuestas, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo extra petita; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia ultra petita; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería infra o citra petita. La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, incluso cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9º de la Ley 1563 de 2012, a saber: i) cuando se hallen probados los hechos que constituyen una excepción, caso en cual el árbitro deberá reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, pues estas excepciones deben ser propuestas en el debate procesal por el interesado;

en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso; iii) en aquellos casos relacionados con cuestiones que atañen al orden público, como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, siempre y cuando aparezca de modo manifiesto; y iv) en los pronunciamientos sobre restituciones mutuas en los eventos de nulidad del contrato. Finalmente, cabe señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que en el numeral 2º del artículo 41 de dicho estatuto la falta de jurisdicción y competencia se incorporó de modo específico como causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que al amparo de lo establecido en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no pueden alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción y competencia por haberse pronunciado los árbitros sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o que por mandato legal no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, puesto que en el numeral 2º del artículo 41 ibídem se prevé una causal de anulación específica para cuestionar estos aspectos .

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 281 / LEY 1563 DE 2012 NUMERAL 9 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 9 /

LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 NUMERAL 2

CONDENA EN COSTAS / CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL

El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 establece que “Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. En

virtud de lo anterior, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se aprobarán mediante auto, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. A su turno, el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” determina que tratándose del recurso de anulación de laudos arbitrales la tarifa de agencias en derecho será de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 366 / ACUERDO 10554 DE 2016 DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00091-00(64129) Actor: UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR Y OTROS

Demandado: PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)

Temas: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES -

Características generales y naturaleza - Sólo permite juzgar errores in procedendo - no es segunda instancia. CAUSAL 9ª DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012 -Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros - Deber del juez de declarar la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas.

RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

La Sala procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 5 de abril de 2019, proferido por el Tribunal de Arbitramento que se constituyó para dirimir las controversias suscitadas entre la Unión Temporal Aguas de Valledupar y el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER-, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., con ocasión del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012.

SÍNTESIS DEL CASO

El 15 de marzo de 2013, la Unión Temporal Aguas de Valledupar y la Fiduciaria Bogotá S.A, en su

condición de administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER-, celebraron el contrato de obra No.

PAF-ATF-031-2012, cuyo objeto consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas en el municipio de Valledupar <sup>1</sup>.

El 20 de junio de 2017, la Unión Temporal Aguas de Valledupar presentó demanda arbitral contra el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., con el fin de resolver sus diferencias en torno al incumplimiento del contrato de obra y la causación de perjuicios derivados del mismo.

Mediante laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitramento resolvió, entre otros: (i) declarar de oficio la nulidad absoluta del parágrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra que facultó a la entidad contratante para liquidar unilateralmente el contrato; (ii) declarar probada la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales; y (iii) negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Inconforme con la decisión, la Unión Temporal Aguas de Valledupar interpuso recurso extraordinario de anulación con fundamento en la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, para que se defina si el laudo arbitral recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, comoquiera que el Tribunal declaró de oficio la nulidad absoluta del parágrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, asunto que no hizo parte de las pretensiones de la demanda ni fue puesto de presente en los hechos o en las excepciones alegadas.

## ANTECEDENTES

El Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER y el contrato de obra celebrado con la Unión Temporal Aguas de Valledupar para la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar.

<sup>1</sup> “El objeto del presente contrato es la CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR ORIENTAL DE AGUAS SERVIDAS que se va a ejecutar en el Municipio de Valledupar Departamento del Cesar de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de la Convocatoria No. PAF-ATF-031-2012 y con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, la cual, para todos los efectos hace parte integral del presente contrato”.

La Financiera de Desarrollo Territorial S.A - FINDETER suscribió con FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A el 1º de noviembre de 2012 un contrato de fiducia mercantil<sup>2</sup>, cuyo objeto fue: “(i) La transferencia a la FIDUCIARIA a título de fiducia mercantil por parte del FIDEICOMITENTE, de LOS RECURSOS, provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central; (ii) La conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, (iii) La administración de los recursos económicos recibidos, (iv) La Inversión de los recursos administrados en los términos establecidos en el numeral 7.3 de la cláusula séptima (7ª). (v) Adelantar las actividades que se describen en este contrato para el proceso de contratación de los ejecutores de los proyectos seleccionados por el COMITÉ FIDUCIARIO. (vi) La realización de los pagos derivados de los contratos que se suscriban en desarrollo del presente contrato, con la previa autorización

expresa y escrita del INTERVENTOR y aprobación del COMITÉ FIDUCIARIO”.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 2012 el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio suscribió con FINDETER un contrato para la “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico”, dentro de los cuales se encontraban incluidas, entre otras, las obras del proyecto denominado “Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar.

En el marco de lo anterior, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el municipio de Valledupar celebraron el 31 de diciembre de 2012 un Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero<sup>3</sup>, el cual tuvo por objeto “aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras e interventoría del proyecto denominado 'Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la Ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar', y establecer las condiciones para hacer efectivo el Apoyo financiero de la nación al municipio de Valledupar”.

En virtud del referido convenio, el Ministerio asumió, entre otras obligaciones, “1) Apoyar con recursos de la Nación la ejecución del proyecto denominado 'Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la Ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, en el municipio de VALLEDUPAR', los cuales se

<sup>2</sup> Fl. 01 a 25 C. pruebas No. 4 T.A.

<sup>3</sup> Fl. 22 a 30 C. pruebas No. 4 T.A.

aportarán a la entidad territorial en los términos del artículo 87.9 de la ley 142 de 1994” y “2) Transferir a FINDETER en un único desembolso al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., los recursos con que la Nación apoyará la ejecución del proyecto objeto del presente convenio, en los términos pactados en el Contrato Interadministrativo suscrito entre MINISTERIO y FINDETER [...]”. A su vez, el Municipio de Valledupar se comprometió a obtener la totalidad de los permisos y licencias que fueren necesarios durante la ejecución del proyecto, garantizar la disponibilidad de los predios y servidumbres requeridos para su desarrollo, aportar los recursos que fueren necesarios para garantizar la terminación del proyecto en caso de presentarse ajustes o actividades no programadas o si llegare requerirse un valor adicional no establecido en el plan financiero del proyecto viabilizado por el Ministerio, recibir las obras ejecutadas en desarrollo del Convenio y asegurar su operación y mantenimiento, entre otras.

Fue así como el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER adelantó las actividades descritas en el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos celebrado entre la Fiduciaria Bogotá S.A. y FINDETER, y llevó a cabo el proceso de contratación<sup>4</sup> que culminó con la suscripción del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 del 15 de marzo de 2013, celebrado entre el referido patrimonio autónomo y la Unión Temporal Aguas de Valledupar, cuyo objeto consistió en “la CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR ORIENTAL DE AGUAS SERVIDAS que se va a ejecutar en el Municipio de Valledupar Departamento del Cesar de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de la Convocatoria No. PAF-ATF-031-2012 y con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, la cual, para todos los efectos hace parte integral del presente contrato”.

La demanda arbitral

El 20 de junio de 2017<sup>5</sup>, la Unión Temporal Aguas de Valledupar solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir las controversias suscitadas en torno al incumplimiento del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 y el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios.

<sup>4</sup> Fl. 3 a 178, C. Pruebas 1. T.A.

<sup>5</sup> Fl. 1 a 40, C. Ppal 1. T.A.

Las pretensiones de la parte convocante, de acuerdo con la reforma de la demanda presentada el 22 de mayo de 2018<sup>6</sup>, fueron las siguientes:

**“PRIMERA.** Declarar a la entidad convocada PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER- ADMINISTRADO POR

FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic) S.A responsable por el incumplimiento del Contrato de Obra No. PAF-ATF-031-2012.

**SEGUNDA:** Declarar que como consecuencia de lo anterior la entidad convocada PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic) S.A. causó notables

sobrecostos y perjuicios económicos que debe compensar y pagar a la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR como contratista del Contrato de Obra No. PAF-ATF-031-2012.

**TERCERA.** Condenar al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic)

S.A., a compensar y pagar a favor del contratista UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR por concepto de perjuicios económicos, los costos y gastos administrativos en los cuales incurrió la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR por la Mayor Permanencia en Obra, un valor equivalente a un total de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE**

**(\$897.284.248)**, correspondiente a los costos y gastos administrativos derivados del mayor tiempo de ejecución de los trabajos respecto de aquel en que debieron realizarse de conformidad con el Plan de Trabajo inicialmente presentado y aprobado, generados por causa no imputables al Contratista y que corresponden a la negligencia del Contratante en la elaboración y entrega de los diseños y planos de construcción de las obras, necesarios para adelantar la ejecución del proyecto objeto del Contrato de Obra No. PAF-ATF-031-2012, así como de la falta de disponibilidad de los predios necesarios para la ejecución de las obras, situación que se prolongó a lo largo del plazo contractual, obligación también a cargo de la entidad contratante; situaciones acaecidas en el periodo comprendido entre el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014) y hasta el diecinueve (19) de diciembre de dos mil catorce (2014), en total DOSCIENTOS CUARENTA (240) DIAS por concepto de prórroga al contrato, mismo que obran en las actas de terminación y liquidación del contrato referido y que

equivalen al OCHENTA POR CIENTO (80%) del plazo inicial del contrato, pactado en DIEZ (10) MESES.

**CUARTO.** Condenar al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic)

S.A. a pagar al contratista UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR, el valor del reajuste o actualización de la cifra de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$897.284.248)**, daño emergente consolidado procedente, desde la fecha de su causación para cada rubro y hasta la fecha de promulgación del acuerdo y/o laudo arbitral que en derecho corresponda (sic), según la fórmula que se definirá en el mismo.

**QUINTA.** Ordenar al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic)

S.A., darle cumplimiento a la totalidad del pago de los intereses de mora liquidados a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento de pago esto es una y media veces el interés corriente bancario (artículo 884 del Código de Comercio) de las sumas no pagadas, de la cifra de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$897.284.248)**, daño emergente

<sup>6</sup> Fl. 260 a 313, C. Ppal 1. T.A

consolidado precedente, desde la fecha de su causación para cada rubro hasta cuando el pago se realice.

**QUINTA (sic).** Dados los evidentes incumplimientos del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-

ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic) S.A., que dan origen a los perjuicios sufridos por la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR y su negativa y negligencia para solucionar de forma directa estas controversias, que se condene en costas al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA DE BOGOTA (sic) S.A.”<sup>7</sup>.

Como fundamento de las pretensiones sostuvo la convocante, en síntesis, que la contratante incumplió con los plazos establecidos para la entrega de los diseños y planos necesarios para la ejecución del contrato de obra, lo que afectó dicha ejecución y generó sobrecostos.

Manifestó que la convocada también incumplió el contrato al no contar, para el momento de su inicio, con la disponibilidad de los predios donde se ejecutaría el proyecto, lo que comprometió el avance de las obras.

Indicó que la entidad contratante faltó a la buena fe contractual, pues los diseños y planos puestos de presente en la etapa precontractual, sobre los cuales la unión temporal contratista edificó su propuesta, se encontraban errados, imponiéndose al contratista obligaciones que excedieron el

alcance contratado, todo lo cual constituyó una falta al deber de planeación que impidió la ejecución del contrato en el tiempo inicialmente previsto, ocasionando sobrecostos y perjuicios al contratista como resultado de la mayor permanencia en obra.

#### La contestación de la demanda y su reforma

La convocada<sup>8</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que cumplió con sus obligaciones contractuales y no ocasionó sobrecostos ni perjuicios económicos a la convocante. Señaló que la entrega de los diseños y lo atinente a la disponibilidad de los predios era un aspecto que le competía al municipio de Valledupar y que durante la ejecución del contrato el contratista guardó silencio sobre cualquier perjuicio o sobrecosto que hubiere sufrido. Asimismo, manifestó que en los otrosíes suscritos por las partes no se dejó observación o constancia alguna respecto de mayores valores que se hubiesen generado por cuenta de la

<sup>7</sup> Fl. 1 a 40 y 260 a 312, C. Ppal. 1. T.A.

<sup>8</sup> Fl. 210 a 230 y 331 a 356, C. Ppal. 1 T.A.

ejecución de las obras.

A su turno, formuló las siguientes excepciones: caducidad del medio de control, ausencia de fundamentos jurídicos y fácticos que soporten las pretensiones, cumplimiento de las obligaciones contractuales, “el actor pretende beneficiarse de su propia culpa”, “no existió mayor valor por mayor permanencia / cobro de lo no debido”, violación al principio de buena fe contractual / presentación inoportuna de reclamaciones / teoría de los actos propios, “no hay incumplimiento contractual alguno por parte del demandado”, y “en la suscripción de los actos jurídicos entre las partes no hay vicios del consentimiento”.

En cuanto a la excepción la caducidad del medio de control de controversias contractuales, indicó que el Tribunal, para efectos de contabilizar el término de caducidad, no podía tener en cuenta el plazo de 2 meses pactado para la liquidación del contrato de forma unilateral, pues en virtud del régimen de derecho privado del contrato no es posible hacer uso de tal facultad.

#### Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto mediante escrito<sup>9</sup> en el que concluyó, por una parte, que la demanda no fue presentada de manera oportuna, por cuanto se interpuso después de transcurrido el término de caducidad previsto para el medio de control de controversias contractuales y, por otra, que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, dado que, en primer lugar, no existió incumplimiento por parte de la entidad contratante y, en segundo lugar, ante las situaciones que dieron lugar a suspensiones y prórrogas del plazo contractual las partes suscribieron los respectivos acuerdos modificatorios, sin que la convocante realizara ninguna salvedad por reclamaciones relativas a mayor permanencia en la obra.

#### El laudo arbitral impugnado

Mediante laudo del 5 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitramento resolvió lo siguiente:

<sup>9</sup> Fl. 106 a 124, C. Ppal 2 T.A.

**“PRIMERO.-** Declarar de oficio, por las razones expuesta[s] en la parte motiva de este Laudo, la nulidad absoluta del párrafo primero de la Cláusula Décimo Séptima del contrato de obra PAF-ATF-031 de 2012, que es del siguiente tenor:

**PARÁGRAFO PRIMERO:** En caso de que el CONTRATISTA no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que haga la CONTRATANTE, o no se llegue a un acuerdo sobre su contenido LA CONTRATANTE tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral el presente contrato dentro de los dos (2) meses siguientes.

**SEGUNDO.-** Declarar probada la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales, por las razones expuestas en este Laudo.

**TERCERO.-** Como consecuencia de lo anterior, denegar en su totalidad las súplicas de la demanda arbitral en su versión reformada.

**CUARTO.-** Condenar al extremo Convocante al pago de las costas en favor de la parte Convocada, por la suma de **OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$85.572.631,00),**

cantidad que deberá ser pagada dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este laudo”.

Como fundamento de lo resuelto, en el laudo el Tribunal, tras advertir que el párrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra No. PAF- ATF- 031-2012 contemplaba 2 meses para la liquidación unilateral y que este asunto se encontraba ligado inescindiblemente al conteo de la caducidad, procedió a analizar la validez de dicha estipulación, examinando si el ejercicio de la autonomía de la voluntad había excedido los límites trazados por las normas de orden público. Como consecuencia, declaró la nulidad absoluta del citado párrafo, al considerar que la cláusula que autoriza la liquidación unilateral en un contrato regido por el derecho privado contraría el principio de igualdad que rige los contratos que se celebran al amparo de este régimen. Además, indicó que no existe habilitación legal para que particulares, en el campo contractual y en ejercicio de su autonomía, estipulen condiciones de privilegio que supongan la supeditación de un contratante a la voluntad unilateral de su contraparte contractual, y que la facultad de liquidar de forma unilateral los contratos es una prerrogativa de las autoridades públicas en los contratos celebrados bajo el régimen de contratación de la administración pública.

En este orden de ideas, señaló que los 2 meses contenidos en el párrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato no se tendrían en cuenta, puesto que dicha cláusula adolece de nulidad absoluta y por cuanto, en todo caso, habiendo mediado liquidación de común acuerdo y dada la forma como fue redactada la estipulación, resultaban indiferentes los 2 meses para el conteo de la caducidad.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que había operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales, comoquiera que el término preclusivo vencía el 20 de abril de 2017 y la demanda se presentó el 20 de junio del mismo año.

La solicitud de aclaración y corrección del laudo

La parte convocante<sup>10</sup> solicitó la aclaración y/o corrección del laudo, por cuanto a su juicio no resultaba clara la liquidación de las costas procesales.

Mediante providencia del 23 de abril de 2019<sup>11</sup>, el Tribunal resolvió la solicitud anterior y en tal sentido dispuso denegarla, al encontrar que no existía decisión alguna que ameritara aclaración o corrección del laudo arbitral.

El recurso extraordinario de anulación

El 14 de mayo de 2019<sup>12</sup>, la parte convocante interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, con fundamento en la causal prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Sostuvo que el laudo arbitral recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, comoquiera que el Tribunal declaró la nulidad del párrafo primero de la cláusula décima séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, asunto que no hizo parte de las pretensiones ni de los hechos de la demanda y tampoco fue puesto de presente en las excepciones alegadas por la convocada, con lo cual se habría violado el principio de congruencia por haberse proferido un fallo extra petita.

En efecto, el fundamento del recurso fue el siguiente:

“La causal aquí invocada, se configura de cara al caso en concreto de la providencia que se recurre -EL LAUDO ARBITRAL PROFERIDO DEL (sic) PASADO CINCO (5) DE ABRIL DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), DENTRO DEL TRIBUNAL DE

<sup>10</sup> Fl. 240 a 274, C. Ppal.

<sup>11</sup> Fl. 243 a 245, C. Ppal.

<sup>12</sup> Fl. 246 a 271, C. Ppal.

ARBITRAMENTO DE UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR CONTRA EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA BOGOTÁ- teniendo en cuenta

que a pesar de que la controversia y las pretensiones en ella esbozadas se plantearon de forma específica y limitada hacia el tribunal arbitral, este último resolvió sobre aspectos no sujetos a su decisión, para ello, investido de la función pública de administración de justicia declaró la nulidad absoluta del PARÁGRADO PRIMERO DE LA CLÁSULA DÉCIMA SÉPTIMA del Contrato de Obra PAF-ATF-

031-2012, desconociendo que dicha estipulación NO ERA EL OBJETO DEL LITIGIO PARA NINGUNA DE LAS PARTES, sino por el contrario, era una cláusula que se había realizado de acuerdo con la común intención de las partes y sobre la cual no existía conflicto tanto en su contenido, ni mucho menos en su interpretación, ya que era totalmente aceptada por los cocontratantes, pero además, desconociendo que el referido párrafo no atentaba contra ninguna

norma imperativa y mucho menos se constituía como una nulidad manifiesta en el contrato, si no por el contrario, se repite, era la consecuencia material del principio de derecho de la autonomía de las partes y al derecho a la igualdad que los mismos poseen [...] el yerro al que nos referimos parte de una actuación del Tribunal Arbitral, que NO SE ORIGINA, NO SE MOTIVA Y NADA TIENE QUE VER con los hechos y las pretensiones de la demanda que versaban únicamente sobre el incumplimiento del contrato por parte de la CONTRATANTE, y no correspondían entonces a la validez o no de una cláusula específica del contrato, misma que había sido aceptada por las partes contratantes, y sobre la cual, NO EXISTÍA NINGÚN CONFLICTO, NI PARA LO CUAL FUE CONVOCADO EL TRIBUNAL ARBITRAL, ya que

ESTE NO FUE EL OBJETO DE LA DEMANDA, mucho menos fue objeto de pronunciamiento o salvedades en el documento de finiquito del contrato, ni siquiera por vía de reconvención la cual NO se presentó por parte de la demandada [...]”.

De otro lado, manifestó que el contrato objeto de censura estaba sujeto al derecho privado y, por lo tanto, le era dable a las partes en virtud de la autonomía privada pactar cláusulas accidentales, tales como la de liquidación unilateral. Además, sostuvo que, de haberse materializado la liquidación unilateral del contrato por parte de la contratante, como se había pactado, el acta de liquidación tendría la naturaleza de un acto meramente contractual.

#### Oposición de la parte convocada

La convocada<sup>13</sup> se opuso a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación. Preciso que la decisión del Tribunal obedeció al ejercicio de la facultad legal consagrada en los artículos 1742 del Código Civil y 141 de la Ley 1437 de 2011, según los cuales es deber del juez declarar la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

<sup>13</sup> Fl. 248 a 287, C. Ppal.

Indicó que la declaratoria de nulidad del parágrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, pese a que no fue solicitada en la demanda o puesta de presente al momento de formular las excepciones, resultaba ser procedente de conformidad con las facultades oficiosas de todo juez. Añadió que la declaratoria de oficio de la nulidad del mencionado parágrafo, no afecta la decisión central del laudo que consistió en declarar probada la excepción de caducidad del medio de control.

#### Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público<sup>14</sup> en su concepto sostuvo que en el presente caso no se configura la causal de anulación invocada, comoquiera que la declaratoria la nulidad del parágrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 obedeció al análisis de la excepción de caducidad formulada por la parte convocante. Además, precisó que, encontrando probada la nulidad absoluta de una cláusula contractual, el Tribunal la declaró de oficio en cumplimiento del deber previsto en los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso, en concordancia con los artículos 1742 del Código Civil y 141 de la Ley 1437 de 2011.

#### CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) problema jurídico; (3) solución del problema jurídico; (3.1.) características de la justicia arbitral; (3.2.) naturaleza y características del recurso de anulación; (3.3.) análisis de la causal 9ª de anulación; (3.4.) la causal invocada y el recurso de anulación en el caso concreto; y (4) condena en costas.

#### 1. Competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, de conformidad con lo establecido en

<sup>14</sup> Fl. 301 a 323, C. Ppal.

el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011<sup>15</sup>, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012<sup>16</sup>.

En este caso, se está en presencia de un contrato de obra celebrado entre el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER-, representado por Fiduciaria Bogotá S.A. en su calidad de administradora y vocera, y la Unión Temporal Aguas de Valledupar, cuyo objeto consistió en “la CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR ORIENTAL DE AGUAS SERVIDAS que se va a ejecutar en el Municipio de Valledupar Departamento del Cesar de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de la Convocatoria No. PAF-ATF-031-2012 y con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, la cual, para todos los efectos hace parte integral del presente contrato”.

En cuanto al citado contrato, la Sala concluye que se trata de un contrato de naturaleza estatal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER se encuentra conformado con los recursos de origen público transferidos al Patrimonio Autónomo por la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para la ejecución del contrato de obra<sup>17</sup>, siendo pertinente anotar que la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo, en tanto continúan afectos a la destinación estatuida por la entidad pública fideicomitente. A este respecto, ha señalado el Consejo de Estado, en efecto, lo siguiente:

<sup>15</sup> “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo de la Sala disponga, conocerá en única instancia. De los siguientes asuntos:

[...]

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

<sup>16</sup> “Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente [...]”

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

<sup>17</sup>Mediante el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo financiero celebrado el 31 de diciembre de 2012 entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el municipio de Valledupar (Cesar), el Ministerio se obligó a “2) Transferir a FINDETER en un único desembolso al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., los recursos con que la Nación apoyará la ejecución del proyecto objeto del presente convenio, en los términos pactados en el Contrato Interadministrativo suscrito entre MINISTERIO y FINDETER”. (Fl. 22 a 30 C. pruebas No. 4 T.A.)

“Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo, como el Nacional de Productividad, y Competitividad no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo”<sup>18</sup>. (se subraya)

Este criterio ha sido acogido por la Corte Constitucional al estudiar la naturaleza jurídica de patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, como es el caso del Fomag, a propósito de lo cual ha señalado que “No se puede desconocer que el manejo del fondo está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos y por ello la responsabilidad frente al mismo recae exclusivamente en las entidades públicas”<sup>19</sup>. De igual modo, este análisis ha sido expuesto en distintas oportunidades con ocasión de procesos en los que se han ventilado controversias originadas en contratos celebrados por patrimonios autónomos creados por entidades públicas para el cumplimiento de funciones administrativas y conformados con recursos de carácter público, incluso en tribunales de arbitramento en los que ha sido parte el Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER, representado por

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.<sup>20</sup>, todos adelantados como arbitramentos de carácter administrativo de conformidad con la Ley 1563 de 2012, señalándose que dichos negocios jurídicos deben entenderse como contratos de naturaleza estatal:

“Teniendo en cuenta, entonces, que la Nación Colombiana es una persona jurídica de naturaleza pública y que el **FOMAG** fue creado como una cuenta especial de la Nación (art. 3, Ley 91 de 1989), es perfectamente posible concluir que los efectos jurídicos correspondientes al contrato No.1122-14-08 radican en cabeza de una entidad estatal denominada "Nación", lo cual, a su vez, permite entender que dicha relación contractual tiene la naturaleza de contrato estatal.

En otras palabras, considerando que la determinación de la naturaleza del contrato está dada por la calidad de las partes (criterio orgánico), se advierte que para el caso concreto uno de los extremos de la relación contractual es la Nación como titular del **FOMAG**, de ahí que deba concluirse que el Contrato para la Prestación

<sup>18</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 1 de diciembre de 2000, Expediente No. 1303.

<sup>19</sup> Sentencia T-418 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>20</sup>(i) Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2019 proferido en el proceso arbitral de Unión Temporal Redes de Amagá 2014 contra Fiduciaria Bogotá como administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica Findeter, Rad. 15.539. (ii) Laudo Arbitral del 23 de abril de 2018 proferido en el proceso arbitral de Conhydra S.A. E.S.P. y Constructora Yacamán Vivero

S.A. como integrantes de la Unión Temporal Redes de Santander 2013 en contra de la Fiduciaria Bogotá S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -Findeter, Rad. 4925. (iii) Laudo Arbitral del 23 de febrero de 2016 proferido en el proceso arbitral de Valores y Contratos S.A. – Valorcon S.A. vs Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – Findeter.

de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-14-08, es un contrato estatal, debido a que la parte contratante es un ente público denominado Nación.”<sup>21</sup> (se subraya)

Por otro lado, no sobra advertir que si bien FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. funge como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER, sus funciones se contraen a estas precisas competencias, sin que pueda considerarse que la Fiduciaria sea titular de los efectos jurídicos y de las responsabilidades que corresponden al Patrimonio Autónomo contratante, de suerte que su participación como administradora del mismo no es una condición relevante desde el punto de vista jurídico para determinar la naturaleza del contrato y la competencia del juez del recurso de anulación.

En efecto, conviene recordar que la celebración del contrato de fiducia trae como consecuencia o efecto la formación de un patrimonio autónomo, de conformidad con el artículo 1233 del Código de Comercio que dispone que los bienes fideicomitidos “... forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”, siendo claro que los bienes que se transfieren en virtud de un contrato de fiducia mercantil salen del patrimonio del fideicomitente pero no entran a formar parte del patrimonio del fiduciario, sino que se radican en el patrimonio autónomo, con el único objetivo de cumplir la finalidad asignada.<sup>22</sup>

Así las cosas, la celebración de un contrato de fiducia mercantil implica la constitución de un patrimonio autónomo, el cual, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup> y se deriva del artículo 1233 del Código de Comercio, es un

<sup>21</sup> Laudo Arbitral de Foscal Cajasan, Clínica Santa Ana S.A. y Clínica Valledupar Ltda. contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag del 4 de diciembre de 2014, acogido igualmente en el Laudo Arbitral proferido en el proceso de Unión Temporal Magisalud 2 vs Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora S.A. del 30 de abril 2020.

<sup>22</sup>Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado: “Por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos

se cumpla una finalidad específica y previamente determinada. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente -titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. 3.2.- Igualmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los bienes fideicomitidos se deben separar del resto del activo de una fiduciaria, con el fin de que ese patrimonio autónomo no se confunda con el del fiduciario, ni con otros patrimonios igualmente constituidos”. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de marzo de 2016, Expediente No. 2011-00053 (19972).

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente No. 1909.

conjunto de derechos y obligaciones cuyo vocero y administrador es el fiduciario, siendo en tal calidad que celebra, en nombre del patrimonio autónomo, todos los actos y contratos necesarios para desarrollar el objeto y lograr la finalidad del fideicomiso, dentro de los límites establecidos en el negocio fiduciario. De ello se sigue, que el centro de atribución de los derechos y obligaciones que surjan del negocio jurídico de que se trate, lo es directamente el patrimonio autónomo, universalidad jurídica que resulta directamente vinculada por el acto negocial a través de la manifestación de voluntad que en nombre suyo y con efectos directos sobre la misma, efectúa quien actúa como su vocero y administrador.<sup>24 -25</sup>.

Así pues tenemos que, como efecto de la celebración del contrato de fiducia mercantil, surge un patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, quien tiene, salvo disposición contractual en diferente sentido, la capacidad para celebrar en su calidad de vocero todos los actos y contratos necesarios para realizar la finalidad para la cual fue creado. Adicionalmente, como ya se señaló, las obligaciones que se derivan de tales actos y contratos recaen de manera exclusiva en el mencionado patrimonio.

Ahora bien, en el presente caso el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER- fue constituido por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.

FINDETER, en virtud del contrato de fiducia de administración y pagos<sup>26</sup> celebrado con Fiduciaria Bogotá S.A. el 1º de noviembre de 2012, con el objeto, entre otros, de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y conformar con los mismos un patrimonio autónomo.

En efecto, el objeto del referido contrato fue el siguiente:

#### “OBJETO DEL CONTRATO

4.1. OBJETO: El presente contrato de fiducia mercantil tendrá por objeto:(i) La transferencia a la FIDUCIARIA a título de fiducia mercantil por parte del FIDEICOMITENTE, de LOS RECURSOS, provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central; (ii) La conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, (iii) La administración de los recursos

económicos recibidos, (iv) La Inversión de los recursos administrados en los términos establecidos en el numeral 7.3 de la cláusula séptima (7ª). (v) Adelantar las actividades que se describen en este contrato para el proceso de contratación

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente No. 2006-01516 (16642).

<sup>25</sup> Cfr. Laudo Arbitral de Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social S.A. vs Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora S.A.- Fiduprevisora S.A. del 11 de diciembre de 2017.

<sup>26</sup> Fl. 1 a 25, C. Pruebas No. 4 T.A.

de los ejecutores de los proyectos seleccionados por el COMITÉ FIDUCIARIO. (vi) La realización de los pagos derivados de los contratos que se suscriban en desarrollo del presente contrato, con la previa autorización expresa y escrita del INTERVENTOR y aprobación del COMITÉ FIDUCIARIO”.

Ahora bien, con ocasión del mencionado contrato de fiducia y previa suscripción el

8 de noviembre de 2012 entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FINDETER de un contrato para la “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico”, dentro de los cuales se encontraban incluidas las obras de “Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar”, el 31 de diciembre de 2012 se celebró entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER y el municipio de Valledupar (Cesar) el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero encaminado a “aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras e interventoría del proyecto denominado 'Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la Ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar', y establecer las condiciones para hacer efectivo el Apoyo financiero de la nación al municipio de Valledupar”, en virtud del cual el Ministerio se obligó a “1) Apoyar con recursos de la Nación la ejecución del proyecto denominado 'Construcción del Colector Oriental de Aguas Servidas de la Ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, en el municipio de VALLEDUPAR', los cuales se aportarán a la entidad territorial en los términos del artículo 87.9 de la ley 142 de 1994” y “2) Transferir a FINDETER en un único desembolso al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., los recursos con que la Nación apoyará la ejecución del proyecto objeto del presente convenio, en los términos pactados en el Contrato Interadministrativo suscrito entre MINISTERIO y FINDETER”. (se subraya)

A su turno, en cumplimiento del mencionado contrato de fiducia y de lo acordado en el convenio interadministrativo, Fiduciaria Bogotá S.A., obrando en su condición de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO

ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER, adelantó la convocatoria No. PAF-ATF-031- 2012 para la contratación de la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, habiendo resultado adjudicado el contrato a la Unión Temporal Aguas de Valledupar.

En este orden de ideas, resulta claro que en el presente asunto, siendo el patrimonio autónomo un conjunto de derechos y obligaciones sin personería jurídica, para efectos de determinar si en el sub-judice nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER -los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación, que en el presente caso consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, circunstancias que permiten colegir que los efectos del contrato de obra celebrado con la Unión Temporal demandante se radican en cabeza de las entidades públicas que celebraron el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero que dio origen al referido contrato de obra, es decir, la Nación- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Financiera de Desarrollo Territorial S.A.

- FINDETER y municipio de Valledupar, punto en relación con el cual no puede dejar de advertirse la indudable relación de interdependencia existente entre el citado Convenio Interadministrativo, el contrato de “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico” celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FINDETER, el contrato de fiducia de administración y pagos celebrado entre FINDETER y Fiduciaria Bogotá S.A. con el objeto de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y el contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 del 15 de marzo de 2013, suscrito con la Unión Temporal Aguas de Valledupar.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la Sección Tercera de esta Corporación es competente en única instancia para conocer del recurso extraordinario de anulación formulado por la Unión Temporal Aguas de Valledupar en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, de conformidad con el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011<sup>27</sup>, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:

<sup>27</sup> “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo de la Sala disponga, conocerá en única instancia. De los siguientes asuntos:

[...]

“Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente [...]

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

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el laudo arbitral, al haber declarado de oficio la nulidad absoluta

de una estipulación contractual, recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, configurándose, por tanto, la causal 9ª de anulación.

### Solución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico la Sala se referirá, en primer lugar, a la justicia arbitral y a la naturaleza y características del recurso de anulación, para proceder luego al estudio de la causal de anulación invocada y al recurso de anulación en el caso concreto.

### Características de la justicia arbitral

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política <sup>28</sup>, los árbitros, con sujeción al principio de habilitación, se encuentran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en concordancia con el artículo 3º de la ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo inciso 3º dispone que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.”

En este sentido, el arbitraje es entendido como “(...) un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de

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

<sup>28</sup> “Artículo 116. [...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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”.

una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”<sup>29</sup>.

Se desprende de lo anterior que la jurisdicción o facultad de impartir justicia por parte de los árbitros emana de la Constitución y la ley, las cuales establecen que los árbitros administran justicia con los mismos deberes y facultades de los jueces y reconocen que la voluntad de las partes puede atribuir competencia a los árbitros para resolver las controversias sometidas a su conocimiento<sup>30</sup>.

En otras palabras, como consecuencia del reconocimiento constitucional de la voluntad y decisión de las partes de sustraerse a la justicia ordinaria y someter la resolución de sus disputas al conocimiento de los árbitros, estos ejercen función jurisdiccional, administrando justicia de manera transitoria exclusivamente para efectos de solucionar la disputa sometida a su conocimiento, en virtud de la habilitación que mediante el pacto arbitral han realizado las partes, quienes les confieren competencia para el conocimiento y decisión de determinados asuntos<sup>31</sup>.

Bajo el anterior contexto, la justicia arbitral se caracteriza porque: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual las partes confieren a los particulares la función de la administrar justicia; (ii) se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación<sup>32</sup>, en tanto que

la competencia de los árbitros para impartir justicia surge en virtud de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de su controversia del sistema ordinario de administración de justicia; (iii) es de carácter temporal, porque su existencia es transitoria, limitada en el tiempo y sujeta a la resolución del conflicto específico sometido a consideración de los árbitros; (iv) es excepcional,

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 1° de la Ley 1563 de 2012.

<sup>30</sup> Hernán Fabio López Blanco, “Procedimiento Civil Parte General”, Tomo I. Dupré Editores, Bogotá D.C., Páginas 128 y 129.

<sup>31</sup> En múltiples providencias esta Corporación se ha pronunciado acerca de la función jurisdiccional de los árbitros y la naturaleza del pacto arbitral, resaltando que el pacto arbitral es el acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión árbitros investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013).

<sup>32</sup> En este sentido, la jurisprudencia ha puesto de presente que el acuerdo de las partes constituye el punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en el caso concreto, enfatizando sobre el particular que “... el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas...”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. Expediente: D -8677.

dado que se encuentra sujeta a claras limitaciones materiales, de suerte que solo se pueden someter a arbitraje asuntos de libre disposición y aquellos que la ley autorice; y (v) se entiende como una institución de carácter procesal, dado que el arbitramento garantiza los derechos de las partes enfrentadas, disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos y la valoración de las pruebas aportadas<sup>33</sup>.

#### Naturaleza y características del recurso de anulación

La Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>34</sup> ha precisado la naturaleza y características del recurso de anulación, destacando de manera pacífica y uniforme, lo siguiente:

- i. El recurso de anulación es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario y, por lo tanto, no puede ser utilizado como una segunda instancia a través de la cual se pretenda reabrir el debate sobre el fondo del litigio.
- ii. La finalidad del recurso debe estar orientada a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo y no por errores in iudicando, es decir, su examen se

<sup>33</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2017. Rad.: 46745. En relación con las características del arbitraje, en Sentencia C-060 de 2001 la Corte Constitucional señaló que, “Las características esenciales del arbitraje, (...) son la voluntariedad, la temporalidad, la excepcionalidad y su naturaleza procesal. (i) La

voluntariedad se basa en reconocer que la activación de la justicia arbitral en cada caso concreto es una variable dependiente del acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de someter a los árbitros la solución del caso. Como se indica en la sentencia C-947 de 2014 “al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “... tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. En ese orden de ideas, “... es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.” (ii) La temporalidad significa en que la actividad jurisdiccional encomendada a los árbitros es de carácter transitorio y está circunscrita a la decisión del caso sometido por las partes a estos. Por ende, en modo alguno desplaza de forma permanente la función estatal de adjudicación. (iii) La excepcionalidad radica en el carácter limitado de los asuntos que pueden ser sometidos a la justicia arbitral. En efecto, solo aquellos bienes jurídicos que puedan ser sujetos de transacción pueden someterse a este mecanismo, resultando inejecutables los pactos arbitrales que dispongan la inclusión de asuntos diferentes, como son aquellos relacionados con la garantía de los derechos fundamentales. En estos casos, la competencia privativa de adjudicación corresponde a los jueces. (iv) Finalmente, el carácter procesal del arbitraje tiene que ver con la sujeción del mecanismo a las reglas previas en la Constitución y la ley, en particular las garantías que integran la cláusula del debido proceso. Por ende, en el arbitraje tendrá que garantizarse los derechos de contradicción y defensa, la publicación de las actuaciones, la existencia de un procedimiento previo y conocido por las partes, la adecuada valoración de la prueba, la igualdad de oportunidades para las partes, etc.”.

<sup>34</sup>Se reitera lo sostenido por esta Subsección en sentencia del 18 de enero de 2019, radicado: 11001-03-26-000-2018-00160-00(62476), 23 de abril de 2018, radicado: 11001-03-26-000-2017-

00106-00 (59731), sentencia del 19 de julio de 2017: 11001-03-26-000-2017-00043-00(59067), 31

de agosto de 2015, radicado: 11001-03-26-000-2015-00060-00(53585), entre otras.

contrae al análisis de aspectos procesales mas no sustanciales<sup>35</sup>. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por los árbitros en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria<sup>36</sup>, tal y como está previsto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, el cual determina que, “[l]a 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”.

- iii. Las facultades del juez del recurso de anulación están limitadas por el llamado “principio dispositivo”, según el cual el recurrente, al formular y sustentar su recurso, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, delimita el objeto que persigue con su interposición. En consecuencia, al juez de la anulación no le está permitido establecer cuál es

la causal que invoca ni interpretar lo expresado por el impugnante o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso, por lo que deberá rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a las señaladas en la ley<sup>37</sup>. En suma, dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales previstas taxativamente en la ley<sup>38</sup>.

#### Análisis de la causal 9ª de anulación

<sup>35</sup> En sentencia del 31 de agosto de 2015, por ejemplo, esta Corporación señaló:

“b) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores **in iudicando** (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.

De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.” Cfr: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Rad.:53585

<sup>36</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 2018. Rad.: 59270.

<sup>37</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2019. Rad.: 63494.

<sup>38</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Rad.: 53585.

La causal de anulación del laudo arbitral prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, prescribe lo siguiente:

“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

El análisis de esta causal responde a un estudio objetivo de la acepción externa del principio de congruencia -artículo 281 del C.G.P.-, consistente en la consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y las pretensiones y hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión<sup>39</sup>. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo extra petita; si se

condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia ultra petita; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería infra o citra petita<sup>40</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, incluso cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9° de la Ley 1563 de 2012, a saber: i) cuando se hallen probados los hechos que constituyen una excepción, caso en cual el árbitro deberá reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, pues estas excepciones deben ser propuestas en el debate procesal por el interesado; ii) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso; iii) en aquellos casos relacionados con cuestiones que atañen al orden público, como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, siempre y cuando aparezca de modo manifiesto; y iv) en los pronunciamientos sobre restituciones mutuas en los eventos de nulidad del contrato<sup>41</sup>.

Finalmente, cabe señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que en el numeral 2° del artículo 41 de dicho estatuto la falta

<sup>39</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, Rad.: 59949 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.:59913.

<sup>40</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de marzo de 2020. Rad.: 64627A.

<sup>41</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002. Rad.: 20634.

de jurisdicción y competencia se incorporó de modo específico como causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que al amparo de lo establecido en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no pueden alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción y competencia por haberse pronunciado los árbitros sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o que por mandato legal no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, puesto que en el numeral 2° del artículo 41 ibídem se prevé una causal de anulación específica para cuestionar estos aspectos<sup>42</sup>.

La causal invocada y el recurso de anulación en el caso concreto

A partir de lo expuesto y para resolver el recurso extraordinario de anulación, la Sala procederá a la revisión formal del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, con el fin de determinar si recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, al haber declarado de oficio la nulidad absoluta del parágrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, y sin con ello se configura la causal de anulación del laudo arbitral prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Al afecto, se observa que las pretensiones planteadas por la convocante en la demanda que dio origen al laudo arbitral cuestionado, giraron en torno a: (i) el incumplimiento del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012, respecto de la entrega de los diseños y planos necesarios para la ejecución del contrato y la disposición de los predios en donde este se ejecutaría; y (ii) el desconocimiento de

la buena fe contractual, porque dichos diseños y planos no se adecuaban en debida forma al objeto contractual.

De igual modo, se advierte que la entidad convocada al contestar la demanda, además de oponerse a las pretensiones y de indicar que dio cabal cumplimiento a lo pactado en el contrato, propuso la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales, señalando para tal efecto que “[...] si bien el parágrafo 1º de la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de obra previó un término de dos (2) meses para la liquidación unilateral, se trata de una estipulación inane por cuanto el régimen del contrato de derecho privado, no permite hacer uso de esta facultad legal, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de

<sup>42</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 13 de abril de 2015, Rad.: 52556 y del 27 de noviembre de 2017, Rad.:59913.

Estado, así como múltiples laudos arbitrales, y en ese sentido dicho término no puede ser tenido en cuenta para efectos de computar la caducidad [...]”<sup>43</sup>.

Bajo el anterior contexto, se encuentra, en primera medida, que el pronunciamiento efectuado en el laudo arbitral recurrido con relación a la validez del parágrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra PAF- ATF-031 de 2012, obedeció al análisis realizado por el Tribunal de Arbitramento frente a los argumentos planteados por la entidad convocada en la contestación a la demanda, puntualmente en lo concerniente a la excepción de caducidad, sobre lo cual el Tribunal afirmó que dicha estipulación no se podía tener en cuenta para el conteo del término preclusivo, pues en los contratos de derecho privado no estaba permitida la autorización contractual de liquidar unilateralmente un contrato regido por el derecho común.

En segundo lugar, observa la Sala que los árbitros en virtud de la ley estaban facultados para declarar la nulidad absoluta del parágrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra PAF-ATF-031- 2012 e incluso era su deber declararla de oficio, teniendo en cuenta que, como se ha señalado precedentemente, el principio de congruencia, desarrollado en la causal 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es relativo y que en tal virtud las cuestiones sujetas al arbitramento no se delimitan exclusivamente a las pretensiones y hechos de la demanda y a las excepciones alegadas por el demandado, puesto que también es deber del juez pronunciarse frente a determinadas materias, como en efecto ocurre en tratándose de la nulidad absoluta del contrato o de una parcial de una o algunas de sus cláusulas<sup>44</sup>, tal como lo disponen, en efecto, los artículos 1742 del Código Civil<sup>45</sup> y 141 de la Ley 1437 de 2011<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Fl. 351, C. Ppal. 1, T.A.

<sup>44</sup> En efecto, cuando la nulidad absoluta aparece de manifiesto, puede ser declarada de oficio, facultad que no es ajena a los poderes del árbitro, según reiterada jurisprudencia. Al respecto, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 14 de agosto de 2003. Rad.: 24334, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Rad.: 32871; Corte Suprema de Justicia Sala Civil, sentencia del 7 de marzo de 1997. Rad.: 4636.

<sup>45</sup> “Artículo 1742: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga

interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

<sup>46</sup> “Artículo 141. Controversias contractuales [...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

Al respecto, cabe reiterar, en suma, que corresponde al operador judicial la adopción de ciertas decisiones sobre cuestiones que se encuentran incluidas en la relación procesal por disposición del legislador, así no hayan sido solicitadas por las partes, como es el caso de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas, evento en el cual, por lo tanto, no se está en presencia de una decisión que verse sobre una materia no sujeta a la decisión de los árbitros. Recuérdese, de otro lado, que los árbitros se encuentran investidos de las mismas facultades y están sujetos a los mismos deberes de los jueces, siendo claro que, al tenor del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez – y en este caso por los árbitros- aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato<sup>47</sup>.

Sobre este particular, en sentencia del 3 de agosto de 2016, esta Corporación indicó lo siguiente:

“En síntesis, aún sin petición expresa de parte, el juez arbitral no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley, se haya invocado como fuente de derechos u obligaciones de las partes e intervengan en él las partes o sus causahabientes.

Y esa actuación no viola el principio de congruencia, al cual hace relación la causal 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, porque la ley le ordena en esos precisos y taxativos eventos decidir de oficio acerca de la validez o invalidez del contrato y, por ende, el juez arbitral está cumpliendo con el respectivo precepto, expreso o implícito, o sea proveer sobre cuestiones incluidas en la relación procesal por disposición del legislador, de modo que las partes desde el principio saben el objeto del debate.

Dicho de otro modo, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, no se está en inconsonancia “en los casos que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio sobre ciertos extremos de la controversia, pues tal hipótesis, aunque el demandante o demandado no los hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluidos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, saben las partes, desde el momento en

<sup>47</sup> Al respecto, el tratadista Juan Pablo Cárdenas Mejía señala:

“(…) debe recordarse que la ley le impone a los jueces adoptar ciertas decisiones en la sentencia, así no le hayan sido solicitadas por las partes. Es el caso de la declaración de nulidad absoluta del contrato. Por consiguiente, en este caso no se presenta una decisión sobre materia no sujeta a la decisión de los árbitros. Por el contrario, si el juez deja de tomar decisiones que por ley debe adoptar, procede la causal y le corresponderá al juez de la anulación adoptar la decisión

correspondiente. Así ocurrió en el caso Centrimed c. el Hospital Militar, en el cual el tribunal arbitral declaró que prosperaba la excepción de nulidad pero se negó a declarar dicha nulidad, porque no se le había solicitado y se había iniciado un proceso con tal propósito ante la jurisdicción contencioso administrativa. El Consejo consideró que el tribunal debió declarar de oficio la nulidad del contrato”. (“El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional”, en “Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012”, Editorial Legis, Pág. 296)

que aquella se constituyó, que tales cuestiones son objeto del debate”<sup>48</sup>.

(subrayado fuera del texto original)

Bajo el anterior contexto, en el sub examine se advierte que el fundamento para que los árbitros se pronunciaran sobre la validez del párrafo primero de la cláusula décimo séptima del contrato de obra PAF-ATF-031 de 2012 se halló en:

(i) lo argumentado por la convocada en la contestación a la demanda; y (ii) el deber legal que le asiste a todo juez de declarar la nulidad absoluta del contrato o de una de sus cláusulas, cuando la misma aparezca de forma manifiesta en el proceso.

En consecuencia, se colige que el laudo proferido el 5 de abril de 2019 no recayó sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros -extra petita- y, por lo tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, comoquiera que la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del párrafo primero de la cláusula decima séptima del contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 se originó como consecuencia de los argumentos planteados en la contestación a la demanda y del deber legal que le asistía al Tribunal de declararla.

De otro lado, la Sala observa que la convocante pretende que el juez del recurso de anulación estudie aspectos relacionados con la aplicación e interpretación de normas, frente a lo cual cabe reiterar que el análisis realizado por el Tribunal para declarar la nulidad de la disposición contractual arriba referida no puede ser objeto de examen por esta Sala, dado que le está vedado al juez de la anulación referirse a cuestiones atinentes al fondo de la controversia, así como calificar o modificar los razonamientos e interpretaciones realizadas por el Tribunal en el laudo proferido.

Como ya se advirtió, la formulación del recurso extraordinario de anulación se encuentra sujeta a las causales taxativas que la ley ha previsto con el fin de corregir los errores in procedendo en los cuales hubiese podido incurrir el respectivo tribunal de arbitramento.

No es posible entonces disentir del criterio y de las consideraciones asumidas por el Tribunal de Arbitraje al expedir el laudo, teniendo en cuenta que el mismo

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2016. Rad.: 31354

resulta de la apreciación de los hechos sometidos a su competencia y de la valoración de las pruebas aportadas al proceso.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que, no prosperando la causal invocada por la Unión Temporal Aguas de Valledupar, es consecuencia obligada declarar infundado el recurso de anulación

y condenar en costas a la recurrente.

#### 4. Condena en costas

El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 establece que “Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”.

En virtud de lo anterior, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se aprobarán mediante auto, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

A su turno, el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” determina que tratándose del recurso de anulación de laudos arbitrales la tarifa de agencias en derecho será de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este sentido, comoquiera que no aparecen acreditadas expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho<sup>49</sup> a cargo de la Unión Temporal Aguas de Valledupar, que se fijarán en diez (10) SMLMV a la fecha de la presente providencia.

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

#### RESUELVE

<sup>49</sup> Art. 365 y ss. CGP.

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 5 de abril de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la Unión Temporal Aguas de Valledupar. Por Secretaría de la Sección liquídense diez (10) SMLMV a la fecha de la presente providencia, por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Juan Pablo Giraldo Puerta como apoderado de la Fiduciaria Bogotá, administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER- en los términos y para los fines del poder conferido, obrante a folio 325 del cuaderno principal.

CUARTO: En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de Arbitramento de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Presidente de la Sala Salvamento de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00091-00(64129) Actor: UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE VALLEDUPAR Y OTROS

Demandado: PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER- ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL (SALVAMENTO DE VOTO)

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ANULACIÓN-Presupuestos legales. FIDUCIA

MERCANTIL-Supone la transferencia de la propiedad y la creación de un patrimonio autónomo. PATRIMONIO AUTÓNOMO-Tiene capacidad para ser parte en el proceso y su representación la ejerce la sociedad fiduciaria. PATRIMONIO AUTÓNOMO CON RECURSOS PÚBLICOS-No es presupuesto de competencia para que el Consejo de Estado conozca del recurso de anulación.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de la decisión de 18 de diciembre de 2020, que negó el recurso extraordinario de anulación.

Según el artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado conoce del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. En consonancia, el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 dispone que será competencia de esa corporación el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra una decisión arbitral en la que intervino una entidad pública o una persona que desempeñe funciones públicas.

Tres factores, pues, atribuyen competencia al Consejo de Estado frente a los recursos de anulación. Dos relacionados con la naturaleza de la entidad: (i) que el conflicto tenga origen en un contrato celebrado por una entidad pública y (ii) que,

aunque la entidad pública no lo hubiera celebrado, hubiera intervenido en el trámite del proceso. El tercero, relativo a la naturaleza de las funciones que desempeñaba la persona que interviene en el

proceso, con independencia de que sea parte de la estructura del Estado, pues debe desempeñar una función pública.

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (art. 1226 CCo).

Aunque la fiducia mercantil entraña una transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos, esos bienes no entran en el patrimonio de la sociedad fiduciaria, sino que se crea un patrimonio autónomo. Ese patrimonio, aunque no fue dotado por ley de personalidad jurídica, tiene capacidad para ser parte en los procesos judiciales y su comparecencia se hará a través del representante legal de la sociedad fiduciaria o del apoderado que esta designe (arts. 53 y 54 CGP). En concordancia, el artículo 1234 CCo prescribe que esa transferencia le otorga a la fiduciaria una especie de titularidad para los fines de ese negocio mercantil, dentro de ellos llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.

En el proceso arbitral, el contrato que dio origen al litigio fue suscrito por la Fiduciaria de Bogotá, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo creado por FINDETER y varias entidades territoriales. Ese patrimonio autónomo, dada su capacidad procesal, fue parte en el proceso arbitral y comparecencia se realizó a través de esa sociedad fiduciaria.

De manera que: (i) en el proceso no intervino una entidad pública, pues la parte fue el patrimonio autónomo representado por una sociedad fiduciaria de naturaleza privada; (ii) el contrato de obra tampoco fue suscrito por una entidad pública, pues se hizo con cargo a los bienes cuya propiedad transfirieron las entidades que constituyeron el patrimonio autónomo y los actos de representación contractual los realizó una fiducia privada y (iii) en el proceso tampoco intervino una persona que desempeñara funciones públicas, pues el patrimonio autónomo, parte del proceso, no tiene asignadas funciones de esta naturaleza. El hecho de que el patrimonio

autónomo se haya formado con recursos públicos no es un presupuesto legal de competencia para conocer del recurso de anulación.

Como no se dan los presupuestos de los artículos 149 CPACA y 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sala no era competente para conocer del recurso extraordinario de anulación.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Firmado electrónicamente a través de SAMAI



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

JEP - Jurisdicción Especial para la Paz

n.d.

Última actualización: 8 de diciembre de 2021



JEP

JURISDICCIÓN  
ESPECIAL PARA LA PAZ