



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente (E): MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001032600020180001900 (60917)

Convocante: Fundación Cardiovascular de Colombia

Convocado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN-

Referencia: Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Temas: Recurso extraordinario de anulación. Naturaleza y características generales. Alcance de las causales 7ª y 9ª de la Ley 1563 de 2012.

La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN-, contra el laudo arbitral proferido el 14 de noviembre de 2017 por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre la Fundación Cardiovascular de Colombia –en adelante la parte convocante– y la Caja en mención –en adelante la parte convocada– y en el que se dispuso negar la primera pretensión, abstenerse de resolver la segunda, declararse incompetente para resolver la tercera, tener por probada una excepción de mérito y negar las demás súplicas, al tiempo que se negaron las pretensiones de la reforma a la demanda de reconvención.

SÍNTESIS DEL CASO

El 21 de diciembre de 2006, la Fundación Cardiovascular de Colombia y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM EICE- suscribieron el contrato de prestación de servicios nº. 250 de 2006, cuyo objeto consistió en “(..) *la prestación de servicios profesionales por parte del contratista para la administración de la Clínica denominada hoy José María Campo Serrano, ubicada en la ciudad de Santa Marta, para que sin representación de Caprecom y sin capacidad de comprometerlo de ninguna manera, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, con toda autonomía administrativa y actuando a su nombre en todos los casos, realice las siguientes acciones (..)*”. La parte convocante solicitó declarar i) el incumplimiento contractual de la parte convocada y ii) que la fundación ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del contrato, relativa al valor y forma de pago. Como consecuencia, ordenar el cruce de cartera y la compensación a que tiene derecho.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

En lo relativo a la solución de controversias, en la cláusula trigésima cuarta del contrato las partes pactaron lo siguiente:

Trigésima Cuarta. Solución de Controversias Contractuales. Por la naturaleza del contrato y el acuerdo de las partes, toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, a su terminación, a su liquidación y al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo, será llevado en primera instancia a una Junta Paritaria integrada por representantes de CAPRECOM y EL CONTRATISTA, la cual facilitará la solución entre las partes de las controversias a que hubiere lugar. En caso de que cualquier mecanismo directo entre las partes no sea posible, dichas controversias serán resueltas por la Superintendencia Nacional de Salud. En caso de que dicha entidad no tenga facultades para conocer sobre el presente contrato, las controversias a que haya lugar serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y que se sujetará a lo dispuesto por el decreto 2279 de 1989, decreto 2651 de 1991, Ley 377 de 1997, Ley 446 de 1998, decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales que le sean aplicables, los reglamenten, adicionen o modifiquen y de acuerdo con las siguientes reglas: a) el Tribunal estará integrado por un árbitro; b) el

Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y c) el Tribunal decidirá en derecho.

Parágrafo. La Junta de que trata la cláusula anterior será integrada por el número y las personas que decidan las partes una vez legalizado el presente contrato.

1.2. La demanda y su reforma

El 14 de septiembre de 2015, la Fundación Cardiovascular de Colombia presentó solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento (fl. 1 cuaderno ppal. 1).

Mediante comunicaciones de 2 y 8 de junio de 2016, las partes designaron de común acuerdo un árbitro único (fls. 80-82 cuaderno ppal. 1).

El 12 de julio siguiente, el Tribunal de Arbitramento se instaló en audiencia realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al tiempo que admitió la demanda y ordenó notificar a Caprecom en liquidación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 128-130 cuaderno ppal. 1).

El 7 de diciembre de 2016, la Fundación Cardiovascular de Colombia reformó íntegramente la demanda (fls. 1-26 cuaderno ppal. 2), inadmitida para efectos de estimación de la cuantía y con posterioridad admitida mediante auto de 12 de enero de 2017 (fls. 27-31 cuaderno ppal. 2).

El 14 de noviembre del año en mención, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo arbitral que definió la controversia, el cual es objeto del presente recurso extraordinario de anulación.

1.2.1. Pretensiones

La parte convocante solicitó que se concedieran las siguientes pretensiones:

Primera.- Que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales No. 250 de 2006, por parte de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –

CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN-, en razón a que mediante diferentes comunicaciones ha requerido con posterioridad al 11 de julio de 2011, fecha en la que se firmó el otrosí al contrato 250 de 2006, examinar los estados financieros de la Fundación Cardiovascular de Colombia, con la finalidad de determinar los excedentes de la operación de la Clínica José María Campo Serrano, ubicada en la ciudad de Santa Marta, los cuales según la errada interpretación dada por Caprecom EICE en liquidación, deben liquidarse y entregársele, obligaciones estas que fueron objeto de modificación mediante el acuerdo de voluntad de las partes plasmado en el otrosí al contrato 250 de 2006, firmado el 11 de julio de 2011.

Segunda.- Que se declare que la Fundación Cardiovascular de Colombia ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del contrato 250 de 2006, atendiendo a la expresa voluntad de las partes, las cuales decidieron modificar la remuneración que le correspondía a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN-, cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual y no así adicionar otro valor, como lo ha interpretado CAPRECOM. Razón por la cual el numeral 7.2 de la cláusula séptima del contrato 250 de 2006 y la obligación de exhibir la información financiera para la liquidación de los excedentes, no están vigentes por expresa voluntad de las partes mediante la celebración del otrosí del 11 de julio de 2011.

Tercera.- Que de conformidad con lo pactado en el contrato así como en las actas de junta paritaria celebradas, se ordene a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN el cruce de cartera y compensación que no se hizo efectivo a partir del mes de junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015 se ordenó la supresión y liquidación de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, ya que no efectuó el trámite contable interno para reconocer las compensaciones de la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA. Para el efecto, se anexa certificación en la cual constan las facturas que no fueron cruzadas a favor de la Fundación, cuyo valor total corresponde a la suma de \$836.883.871.

Cuarta. Que se condene a CAPRECOM en costas y gastos del trámite arbitral (fls. 2-3 cuaderno ppal. 2).

La cuantía de las pretensiones se estimó en la suma de \$836.883.871, correspondiente al cruce de cartera y compensación que no se hizo efectivo por parte de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, entre los meses de junio y diciembre de 2015 (fls. 67-69 cuaderno ppal. 2).

1.2.2. Síntesis de los hechos

Como fundamento de sus pretensiones, la parte convocante expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

- El 21 de diciembre de 2006, las partes suscribieron el contrato de prestación de servicios profesionales n.º 250 de 2006, con el objeto de que la Fundación administrara una clínica de Caprecom, ubicada en la ciudad de Santa Marta.

- En el numeral 7.2 de la cláusula séptima, los contratantes pactaron que los excedentes de participación causados por la administración del centro asistencial se liquidarían para cada año fiscal y se distribuirían entre la contratista y la Caja de Previsión Social por partes iguales y las pérdidas serían asumidas por la primera.

- Como consecuencia de la falta de acuerdo sobre la liquidación y cuantía de los eventuales excedentes, las partes previeron la necesidad de modificar la remuneración inicialmente acordada para, en su lugar, convenir que la Fundación cancelaría a Caprecom una suma fija mensual.

- El 11 de julio de 2011, las partes suscribieron un otrosí al contrato, con el objeto de modificar la cláusula séptima relativa al valor y forma de pago así:

7.1. Valor del contrato y forma de pago. El valor mensual que el contratista cancelará a CAPRECOM será la suma de \$105.000.000.00.

Los demás numerales y párrafos de la cláusula séptima se mantendrían en los términos inicialmente convenidos.

- De igual forma, en la cláusula tercera del otrosí se modificó la cláusula quinta del contrato, con miras a eliminar las obligaciones correspondientes a la entrega de información financiera, en la medida en que la contraprestación para Caprecom ya no estaría representada en un porcentaje de los excedentes. Se incluyó, en cambio, el ordinal o), en el que se lee: *“Presentar durante la ejecución del contrato los siguientes informes y documentos: (..) 8. Certificado trimestral emitido por la Revisoría Fiscal del contratista que certifique que se encuentra al día en el pago del valor mensual de la contraprestación y el impuesto de timbre”.*

- La Fundación Cardiovascular de Colombia dio cuenta de que el 16 de julio de 2011 solicitó la integración de una Junta Paritaria, en los términos pactados en la cláusula trigésima cuarta, con miras a resolver las controversias surgidas con ocasión del contrato, en especial lo relacionado con la liquidación de los excedentes que correspondían a la participación hasta la suscripción del otrosí, en el que se modificó la

remuneración. En el acta de 26 de octubre siguiente consta que las partes convinieron en que el otrosí entraría a regir el 15 de julio de 2011, al tiempo que acordaron que CAPRECOM cobraría la primera factura por el periodo comprendido entre el 15 y el 31 del mismo mes y año. De ahí que la facturación de los excedentes se causó entre el inicio del contrato y la firma del otrosí y a partir de allí la facturación sería mensual.

Lo anterior fue reiterado en las juntas paritarias adelantadas los días 11 y 23 de noviembre del año en mención.

- La convocante sostuvo que, no obstante lo convenido, Caprecom ha requerido el doble pago, esto es el porcentaje de los excedentes y la suma fija mensual, con la finalidad de incrementar el valor de la compensación. Así mismo, ha insistido en la presentación de los informes financieros exigidos como consecuencia de la anterior forma de pago.

Sobre el particular, la Fundación precisó que la intención de suscribir el otrosí fue la de modificar la forma de establecer la contraprestación a favor de Caprecom, con el objeto de corregir las dificultades presentadas en la liquidación. Por eso se cambió del pago de un porcentaje de excedentes a una suma fija mensual, la cual, afirmó, ha pagado oportunamente y en los términos establecidos en el otrosí.

- Aunado a lo anterior, la convocante puso de presente que Caprecom entró en proceso de liquidación, sin que fuera posible hacer las compensaciones a que tenía derecho; sin embargo, entre junio y diciembre de 2015, la Caja en mención no se había liquidado y en el contrato, así como en las actas de juntas paritarias se pactó la posibilidad de compensar lo adeudado. Aseguró que Caprecom efectuó las compensaciones hasta mayo de 2015, empero a partir de esa fecha omitió hacerlo.

- Por último, la convocante sostuvo que agotó la etapa de arreglo directo sin obtener resultados satisfactorios, al tiempo que solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud pronunciarse sobre el punto, empero esta se declaró incompetente. Razón por la cual acudió a convocar la integración del Tribunal de Arbitramento (fls. 4-15 cuaderno ppal. 2).

1.3. La contestación de la demanda

En oportunidad, CAPRECOM EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda y su reforma, al tiempo que propuso excepciones y presentó demanda de reconvencción.

La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y defendió la legalidad de su actuación. Puso de presente el incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia, quien, además, impidió determinar los excedentes de la administración de la Clínica José María Campo Serrano, ubicada en la ciudad de Santa Marta, en la medida en que no remitió la información financiera requerida. Controvirtió, además, las afirmaciones de la convocante, pues la razón que dio lugar a la suscripción del otrosí fue la de fijar una nueva retribución, adicional al 50% de los excedentes de operación destinados para la reinversión en la modernización de la unidad hospitalaria. Sostuvo:

Se trata de una tergiversación amañada y un desconocimiento del tenor literal del citado otrosí. El verdadero interés de CAPRECOM EICE al suscribir ese otrosí que modificó el contrato 0250 fue fijar unas nuevas condiciones que le pudiesen hacer "...percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada...".

(..)

En ningún momento en el otrosí se suprimió la estipulación contractual pactada bajo el numeral 7.2 del contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006. Por el contrario expresamente al terminar el acuerdo QUINTO en el otrosí, se señaló: "los demás numerales y párrafos de la cláusula séptima continúan iguales". Este es el tenor literal del texto suscrito y el sentido natural y obvio de esta estipulación no puede desconocerse para favorecer el lucro de la Fundación, quien explota una unidad hospitalaria de propiedad estatal, que está actualmente valorada en \$35.324`000.000.oo (fls. 32-43 cuaderno ppal. 2).

Por lo anterior, la entidad se atuvo al contenido de las estipulaciones de que da cuenta el contrato y su modificatorio.

1.3.1. Excepciones

Con fundamento en los argumentos de defensa, CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN propuso las excepciones de mérito que denominó: i) "el contrato 250 de 21 de diciembre de 2006 y el otrosí que modificó el contrato están ajustados a derecho. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", por lo que se remitió a lo pactado en el contrato y en el otrosí; ii) "incumplimiento del contrato por la demandante -excepción de contrato no cumplido-", en la medida en que el incumplido fue la contratista; iii) "falta de competencia del árbitro único para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom EICE en liquidación" y, por tanto, no es posible adelantar el cruce de cuentas y la

compensación que se solicita en el libelo, en los términos de los artículos 52 de la Ley 489 de 1998 y 3º del Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015; iv) *“la conducta de los demandantes es contraria a la buena fe”*, comoquiera que la Fundación Cardiovascular de Colombia, fundada en un incumplimiento inexistente de la Caja de Previsión Social, pretende evadir el reconocimiento de una contraprestación derivada del contrato inicial y su modificatorio; v) *“los demandantes están violando el principio Venire Contra Factum Proprium”*, en la medida en que la contratista no puede desconocer el consentimiento y la voluntad reflejada en los documentos contractuales por ella suscritos y vi) la genérica (fls. 43-63 cuaderno ppal. 1).

1.4. Demanda de reconvención y su reforma

1.4.1. Pretensiones

CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN presentó en oportunidad demanda de reconvención, la cual con posterioridad reformó para elevar las siguientes pretensiones:

1. Que se declare que la Fundación CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006, sobre el que se pactó un otrosí que lo modificó.

2. Que se declare que la Fundación CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió la cláusula 7.2, estipulación que no fue objeto de supresión ni modificación en el Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011, que cambió el texto original, y que a la letra dice: "... 7.2. Participación: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA Y CAPRECOM, así: 50% con destino a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA."

3. Que en consecuencia se declare que la entidad (sic) CONTRATISTA, demandada en reconvención, Fundación CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA deberá dar cumplimiento a esa estipulación respecto de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y hasta la terminación de la relación contractual, que se extendió hasta el veintisiete (27) de enero del año dos mil veinte (2020) mediante otrosí de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017).

4. Que se condene a la entidad (sic) CONTRATISTA, demandada en reconvención, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, a efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 # 26 A- 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, que resulte determinada en el trámite arbitral por los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, a favor de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- EICE EN

LIQUIDACIÓN, o del patrimonio autónomo, o persona (s) y/o entidad (es) que asuman y representen sus derechos, en el monto que se determine en este trámite arbitral, conforme a los términos y definiciones establecidas en el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y su Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011.

5. Que se declare que la entidad (sic) CONTRATISTA, demandada en reconvención, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, está obligada a efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación (explotación) de la IPS Clínica denominada hoy INSTITUTO DEL CORAZÓN SANTA MARTA y contractualmente conocida como Clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la carrera 4 # 26 A - 71 de la ciudad de Santa Marta, Magdalena, a favor de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN, o del patrimonio autónomo, o persona (s) y/o entidad (es) que asuman y representen sus derechos, por todos los años con corte de ejecución contractual, posteriores al laudo y en adelante, hasta la terminación del contrato, en el monto que se determine para cada año, conforme a los términos y definiciones establecidas en el Contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y su Otrosí celebrado el 11 de julio de 2011, para lo cual deberá presentar los estados de resultados financieros y soportes requeridos por cada periodo fiscal, en los términos pactados.

6. Que se condene a la entidad (sic) CONTRATISTA, demandada en reconvención, FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA en las costas del trámite arbitral.

La cuantía de las pretensiones se estimó en la suma de \$3.300'000.000 (fls. 67-69 cuaderno ppal. 2).

1.4.2. Hechos

-. La CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM- EICE EN LIQUIDACIÓN es una empresa industrial y comercial del estado que fue suprimida y se ordenó su liquidación mediante el decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, designándose como liquidadora a la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Su liquidación se extendió hasta el 27 de enero de 2017, en los términos del decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016.

-. Con anterioridad a su liquidación, el 21 de diciembre de 2006, CAPRECOM suscribió con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, el contrato sobre el que versa la presente litis y que tuvo por objeto la administración de la clínica JOSE MARÍA CAMPO SERRANO, ubicada en la ciudad de Santa Marta. Y el 11 de julio de 2011, las partes modificaron la cláusula séptima relativa a la forma de pago, con miras a que la Caja recuperara la inversión, dejando a salvo los demás numerales, sin que de ello se siguiera la supresión de la participación de que daba cuenta la mentada cláusula, esto es el reconocimiento de los excedentes de administración, liquidados por partes iguales.

Por lo anterior, Caprecom sostuvo que lo convenido en el otrosí no era susceptible de interpretación, por lo que las partes debían atenerse a lo consignado en el documento modificatorio. De ahí que la Caja tenga derecho a que se le reconozca la participación de que trata la cláusula séptima del contrato, en los términos pactados inicialmente, más la suma fija mensual de que da cuenta el otrosí. Por tanto, en múltiples ocasiones ha requerido el cumplimiento de lo acordado y, con tales efectos, la información financiera necesaria para liquidar la contraprestación.

En consecuencia, Caprecom alegó incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Fundación Cardiovascular de Colombia.

Por último, la parte convocada y demandante en reconvención dio cuenta de que el 26 de enero de 2017, los contratantes suscribieron un otrosí, con el objeto de prorrogar el plazo del contrato de prestación de servicios profesionales n.º 250 de 2006, hasta el 27 de enero de 2020 y, al tiempo, modificar, una vez más, la forma de pago. En la cláusula tercera se convino:

A partir del 27 de enero de 2017 el valor mensual que el contratista pagará a Caprecom EICE EN LIQUIDACIÓN o al patrimonio autónomo que se constituya en cumplimiento del decreto 2192 de 2016 o a quien acredite la titularidad del derecho de dominio sobre la clínica José María Campo Serrano ubicada en la ciudad de Santa Marta, será la suma mensual de CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$160.000.000.00) IVA incluido. Este valor se incrementará cada año, el 27 de enero, en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Parágrafo. La determinación de este valor no implica conciliación, transacción, renuncia o desistimiento, novación o disposición alguna del derecho en litigio que actualmente se controvierte en el trámite arbitral que cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En cuanto a la controversia que se ha generado en relación con la ejecución del contrato las partes someterán y se obligan a cumplir lo que se resuelva en el laudo del respectivo tribunal de arbitramento que cursa con árbitro único (fls. 70-77 cuaderno ppal. 2).

Mediante auto de 13 de febrero de 2017, el Tribunal de Arbitramento admitió la reforma de la demanda de reconvención (fls. 93-94 cuaderno ppal. 2).

1.5. Contestación de la demanda de reconvención

La Fundación Cardiovascular de Colombia se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvenición. En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en el libelo, en el sentido de señalar que en el otrosí se modificó íntegramente la contraprestación pactada inicialmente en el contrato, esto es que no resultaba del caso aplicar el pago del 50% de los excedentes causados por la operación de la clínica, sino que se reemplazaría por el pago de una suma fija mensual. Sostuvo:

La Fundación no incumplió el contrato. La intención de suscribir el otrosí por parte de CAPRECOM y la Fundación fue la de modificar la forma de establecer la contraprestación para CAPRECOM, con el fin de corregir las dificultades presentadas en la aceptación por parte de CAPRECOM de las liquidaciones presentadas por la Fundación, correspondientes a los excedentes generados por la clínica entre diciembre de 2006 y hasta julio de 2011, puesto que durante la ejecución del contrato se encontró que la forma y el procedimiento para establecer la suma que debía la Fundación Cardiovascular de Colombia cancelar a CAPRECOM, resultaba dispendiosa, generando la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiero.

Luego, atendiendo a esta finalidad es que debe entenderse la cláusula quinta del otrosí, mediante la cual se modificó la cláusula séptima del contrato No. 250 de 2006, estableciendo una suma única mensual como contraprestación a favor de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Así mismo, debe entenderse que infortunadamente, por un error involuntario en la redacción de la cláusula quinta del otrosí, se acordó en el numeral 7.1 lo relacionado a la suma mensual fija que cancelaría la Fundación y en el 7.3 se hizo referencia a la destinación de los excedentes del contratista y a la contraprestación que recibirá CAPRECOM sin darle la remuneración a esta última, como correspondía, es decir 7.2, e indicándose que continuarían vigentes los demás numerales y párrafos de la cláusula séptima del contrato No. 250 de 2006. Sin embargo pese a lo anterior, se entendió que al no hacer mención sobre dicho numeral, este se encontraba derogado, puesto que para eso se había dispuesto en el numeral 7.1 una suma mensual fija a favor de CAPRECOM.

De esta forma, la convocante, demandada en reconvenición, controvertió los argumentos de la Caja de Previsión Social, solicitando, por tanto, que se negaran las pretensiones (fls. 95-108 cuaderno ppal. 2).

1.5.1. Excepciones

La Fundación Cardiovascular de Colombia propuso oportunamente las excepciones que denominó: i) “inexistencia de incumplimiento por parte de la Fundación del contrato No. 250 de 2006”, toda vez que la parte incumplida es CAPRECOM, quien desconoció el acuerdo de voluntades contenido en el otrosí de 11

de julio de 2011; ii) *“vulneración de los principios pacta sunt servanda y buena fe por parte de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN”*, en la medida en que la intención de los contratantes, reflejada en el modificatorio al que se hace mención, no era incrementar el valor de la contraprestación a favor de la Caja de Previsión Social, adicionando una suma fija mensual, sino eliminar la modalidad del porcentaje sobre los excedentes del proyecto e iii) *“interpretación del otrosí al contrato No. 250 de 2006”*, en los términos expuestos y de conformidad con los artículos 1618 a 1624 del Código Civil (fls. 108-115 cuaderno ppal. 2).

1.6. Intervención del representante del Ministerio Público

La vista fiscal solicitó declarar la nulidad absoluta del otrosí al contrato de prestación de servicios n.º 250 de 2006, por desviación de poder, causa ilícita y transgresión de normas de orden público de imperativo cumplimiento. Esto, comoquiera que *“(..) ninguna de las partes actuó de buena fe, toda vez que está demostrado que ambas conocían la finalidad acorde con el interés general que motivó la celebración del contrato, finalidad que se desconoció y se desvió hacia el favorecimiento del interés particular de la FCVC (Fundación Cardiovascular de Colombia), en abierta violación de la Ley 80 de 1993”*.

El agente del Ministerio Público sostuvo que, con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, la suscripción del otrosí de 11 de julio de 2011 benefició económicamente a la contratista, en la medida en que la relevó de la obligación de mantener la clínica en las mejores condiciones tecnológicas, en orden a garantizar la óptima prestación de los servicios de salud, al tiempo que se le autorizó apropiarse de la totalidad de las utilidades de la operación del centro asistencial a cambio del pago a CAPRECOM de una suma fija mensual que económicamente no resultaba equivalente al 50% de las utilidades anuales que le hubiesen correspondido como participación. En su sentir, ello dio lugar al rompimiento del equilibrio contractual, desconociendo las normas de orden público y del interés general (fls. 312-447 cuaderno ppal. 2).

2. El laudo impugnado y su aclaración

2.1. El 14 de noviembre de 2017, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara y Comercio de Bogotá profirió el laudo arbitral que definió la controversia de que trata el *sub lite*.

Se transcribe la parte resolutive:

Primero.- No acceder a la primera pretensión de la reforma de la demanda –demanda principal-.

Segundo.- Abstenerse de resolver la segunda pretensión de la reforma de la demanda – demanda principal-.

Tercero.- Declararse incompetente para pronunciarse respecto de la tercera pretensión de la reforma de la demanda –demanda principal-.

Cuarto.- Tener por probada la excepción de mérito propuesta por la convocada en el numeral 3.3. de la contestación de la demanda principal, denominada “falta de competencia del árbitro único para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom Eice en Liquidación”, en la forma indicada en la parte motiva del presente laudo.

Quinto.- Tener por no probadas las demás excepciones propuestas por la convocada en contra de la reforma de la demanda –demanda principal-.

Sexto.- No acceder a ninguna de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción –contrademanda-.

Séptimo.- Abstenerse de pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por la convocante en contra de la reforma de la demanda de reconvencción –contrademanda-.

Octavo.- No condenar en costas a ninguna de las partes.

Noveno.- En firme este laudo, ordenar el archivo el (sic) expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo.- Ordenar que se expida copia auténtica del presente laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

La anterior decisión se notifica en estrados (fls. 450-522 cuaderno ppal.).

Previo a resolver el fondo de la litis, el árbitro delimitó la controversia como sigue:

El Tribunal deberá decidir en primer lugar, si procede la declaratoria que pidió la Procuradora. Y, en la medida que esa solicitud no prospere, acorde con las peticiones y excepciones que se plantearon, este Tribunal habrá de resolver sobre lo siguiente:

1.1 Sobre la demanda principal

1.1.1 Ha existido incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales 250 de 2006, por parte de Caprecom, en caso que haya requerido, con posterioridad al 11 de julio de 2011, examinar los estados financieros de la Cardiovascular (sic) con la finalidad de determinar los excedentes de la operación de la clínica José María Campo Serrano.

1.1.2 Es procedente que se pronuncie y, solo en caso positivo, si la Cardiovascular ha interpretado conforme a derecho, la cláusula séptima del contrato 250 de 2006, en el sentido que las partes decidieron modificar la remuneración que le correspondía a Caprecom cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, y no adicionar otro valor.

1.1.3 Debe ordenar a Caprecom el cruce de cartera y compensación que no se hicieron efectivos a partir del junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de Caprecom.

1.2 Sobre la demanda de reconversión

El Tribunal deberá decidir si:

1.2.1 Es procedente que se pronuncie en ese sentido y, en caso de serlo, si la Cardiovascular (sic) incumplió el Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006.

1.2.2 (i) La cláusula 7.2 pactada en la versión original del Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006 no fue objeto de supresión ni modificación en el Otrosí celebrado entre las Partes el 11 de julio de 2011; y (ii) En caso que no hubiera sido suprimida, si la Cardiovascular (sic) la incumplió; y, en caso que no hubiera sido suprimida y hubiere sido incumplida, si debe ordenar a la Cardiovascular darle cumplimiento respecto de todos o alguno de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y hasta la terminación de la relación contractual, el 27 de enero de 2020.

1.2.3 Debe ordenar a la Cardiovascular (sic) efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación o explotación de la Clínica por todos o alguno de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 en favor de Caprecom o del patrimonio autónomo que asumió y representa sus derechos, en el monto que se hubiere determinado en este trámite arbitral.

1.2.4 Debe ordenar a la Cardiovascular (sic) efectuar el pago del 50% de los excedentes sobre la operación o explotación de la Clínica en favor de Caprecom o del patrimonio autónomo que asumió y representa sus derechos, por los años con corte de ejecución contractual, posteriores al laudo y en adelante, hasta la terminación del contrato, en el monto que se determine para cada año.

1.3 Sobre las excepciones de mérito presentadas por Caprecom:

El Tribunal deberá pronunciarse respecto de si:

1.3.1 El contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y el otrosí que lo modificó están ajustados a derecho. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

1.3.2 El incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia justifica y enerva la nueva pretensión tercera de la demanda reformada, respecto de porqué Caprecom no hizo el cruce de cartera y compensación de créditos entre el mes de junio de 2015 y hasta el 28 de diciembre de 2015, cuando se profirió el decreto 2519 que ordenó la supresión de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

1.3.3. El Tribunal carece de competencia para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom.

1.3.4 La conducta de la Fundación Cardiovascular de Colombia es contraria a la buena fe.

1.3.5 La Fundación Cardiovascular de Colombia está violando el principio venire contra factum proprium.

1.4 Sobre las excepciones de mérito presentadas por la Fundación:

El Tribunal deberá resolver si:

1.4.1 No existió incumplimiento por parte de la Fundación Cardiovascular del contrato No. 0250 de 2006.

1.4.2 Caprecom desconoció los principios de pacta sum servanda y buena fe.

1.4.3 El otrosí debe interpretarse de acuerdo a la intención de las partes del contrato.

Acto seguido, el Tribunal de Arbitramento resolvió la solicitud de nulidad del otrosí del 11 de julio de 2011 por desviación de poder presentada por el representante del Ministerio Público. Puso de presente la normatividad aplicable en materia de nulidades, particularmente el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al tiempo que confrontó el material probatorio para, por último, concluir en la falta de pruebas sobre su causación. Dio cuenta del reproche de la vista fiscal frente a la forma de pago de que trata el otrosí, en la medida en que, si bien se introdujo en su texto el interés general que inspiró el convenio de desempeño suscrito entre Caprecom y el Ministerio de Hacienda, fundamento del contrato del *sub lite*, este se desnaturalizó, eliminando las cláusulas que instrumentaban el control y vigilancia del administrador, que permitían una auténtica rendición de cuentas por parte de la contratista, al tiempo que dio lugar a que esta se apropiara de la totalidad de las utilidades de la operación de la clínica, a cambio del pago de una suma mensual fija que económicamente no resultaba equivalente al 50% de los rendimientos anuales que le hubiesen correspondido a la Caja de Previsión Social como participación.

En relación con las pruebas sobre el punto debatido, el árbitro señaló:

Ahora bien, en este caso no existen elementos de prueba con esas condiciones para tener por configurada la desviación de poder. Y, ante esa ausencia probatoria, el Árbitro no podría declarar la nulidad absoluta sólo porque creyera que si hubiera acordado él, lo hubiera hecho de manera diferente, o por una valoración sobre si el contrato original era o no más favorable que el que resultó del otro sí.

En primer lugar, no existe en el expediente ninguna prueba directa sobre que las partes hubieran pretendido lo que la Procuradora dice. Tampoco sobre que Caprecom o sus funcionarios hubieran procurado favorecer a la contratista de manera irregular.

En segundo término, tampoco hay ninguna serie de indicios que lleven al Tribunal a creer que las partes tuvieron la intención distorsionada y reprochable que argumenta el Ministerio. Al contrario, en las consideraciones de la modificación que nos ocupa se resaltó que "en el referido contrato se acordó que CAPRECOM y el CONTRATISTA tendrían participación equivalente al 50% de los excedentes de la administración de la clínica (...). Que durante la ejecución del contrato se ha encontrado que la forma y el procedimiento para establecer la suma que debe el CONTRATISTA cancelar a CAPRECOM ha resultado dispendiosa y ha generado la necesidad de utilizar un gran esfuerzo administrativo y financiero. Así mismo, los excedentes de la Administración de la Clínica no han permitido a CAPRECOM percibir una contraprestación que permita recuperar la inversión efectuada (...). Que es necesario que las partes acuerden un instrumento que permita determinar en forma expedita la remuneración que debe recibir CAPRECOM (...). Que CAPRECOM junto con la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA han realizado múltiples reuniones previas en las cuales se determinó la conveniencia, oportunidad y necesidad de realizar el presente otrosí; de tal manera que dichas reuniones sustentan la celebración del mismo, sin afectar, ni modificar la esencia del contrato principal."

Las declaraciones que se recibieron durante el procedimiento fueron consistentes en que lo que se buscó con el cambio, en lo que hace referencia al punto de los excedentes o remuneración, que fue el objeto principal de la controversia arbitral, fue facilitar la determinación de lo que le correspondería a la entidad estatal. De ello dan cuenta los testimonios que se pasa a citar¹ (..).

(..)

Además de lo anterior, si bien se evidencia un cambio en la forma en que se remuneraría, ante la total ausencia de indicios sobre un ánimo torcido, ello no implica que quienes participaron en esta conducta hubieran tenido como fin el favorecimiento de los intereses particulares.

Así las cosas, respecto de tener una motivación diferente en busca de beneficios personales, se encuentra que no existe ningún elemento de prueba que pueda llevar a concluir que las partes de este contrato tenían un interés perverso. Lo que se encuentra demostrado en este expediente es que las partes celebraron el otrosí para resolver las dificultades que se venían presentando a la hora de determinar los excedentes.

En lo que hace a la eliminación de algunas previsiones sobre el examen de los estados financieros, no es correcto que se hubiera cercenado la capacidad de Caprecom de vigilar el actuar del contratista. Esos poderes provienen de la ley y siempre los mantuvo. Asunto diferente es que, al haberse cambiado la forma de remuneración ya no fuera necesario que esa entidad pública escrutinara (sic) esos reportes para analizar y corroborar su parte de los excedentes, por la sencilla razón que no tendría un porcentaje de esos, sino una suma fija cada mes.

Aunado a lo anterior, el tribunal elaboró un cuadro comparativo y de detalle entre las estipulaciones contractuales iniciales y las que fueron objeto de modificación en el otrosí. Esto, para concluir que no se evidenciaban motivos ocultos o perversos.

En cuanto a la causal de nulidad por causa ilícita, también elevada por el Ministerio Público, fundada, en esencia, en que la motivación del modificatorio desconocía el convenio de desempeño en el que se fundó, el árbitro, previo a resolver, puso de presente el contenido normativo de los artículos 1524 y 1741 del Código Civil y, consultando el acervo probatorio, concluyó que tampoco le asistía razón. Lo mismo resolvió frente a la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, relativa a la celebración de contratos contra expresa prohibición legal o constitucional.

¹ En el laudo arbitral se transcriben in extenso las declaraciones de aproximadamente diez (10) personas (fls. 506-515 cuaderno ppal.).

Así mismo, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre los demás argumentos esgrimidos por la vista fiscal, relativos al presunto desequilibrio económico del contrato, la mala fe y el desconocimiento de los principios de transparencia, responsabilidad y planeación, además de alegar que las partes mutaron la naturaleza del contrato de prestación de servicios por uno de arrendamiento. Todos fueron desestimados, una vez analizadas las cláusulas contractuales y la normatividad aplicable sobre la materia. En síntesis, se concluyó:

El elemento consistente en que Caprecom recibiría una contraprestación como consecuencia de la entrega material de la Clínica a la Fundación se encuentra plasmado en el convenio con el Ministerio de Hacienda, en el contrato 250 y en el otrosí y se cambió fue el procedimiento para su determinación. Para ajustar el contrato al nuevo sistema, era necesario que se eliminaran cláusulas que estaban atadas a los excedentes. Si se liberó al contratante de alguna obligación o si se varió el alcance de otra, ello no afectó la esencia de lo que inicialmente se había pactado. En particular, no se llega a esa conclusión siguiendo lo comentado por el Ministerio Público.

Precisado lo anterior, el Tribunal de Arbitramento pasó a resolver las pretensiones de la demanda.

En relación con la primera pretensión, relativa a la declaratoria de incumplimiento de Caprecom al exigirle a la Fundación la presentación de los informes financieros necesarios para determinar los excedentes de participación, el árbitro consultó las obligaciones contractuales y concluyó que no hubo tal incumplimiento, en la medida en que, mediante el otrosí de 11 de julio de 2011, los contratantes convinieron en suprimir la rendición de cuentas y presentación de los balances contables. Sobre el punto, señaló:

3. Sobre la demanda

3.1. Sobre el punto 1.1.1 Incumplimiento por requerir acceso a los estados financieros

3.1.1. Lo que se prevé en el contrato

En concordancia con lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, en el artículo 61 del Código de Comercio se previó la reserva de los papeles de los empresarios. Ello implica que, salvo el deber de depósito de los estados financieros para su publicidad, regulado a partir del artículo 41 de la Ley 222 de 1995, los terceros sólo pueden acceder a esa documentación cuando estén facultados para ello, siguiendo el procedimiento correspondiente y el ejercicio de las funciones o que, por acuerdo, esa posibilidad se haya pactado.

Caprecom no cuenta con ese tipo de facultades. Pero, en el contrato 0250 de 2006, se habría pactado que la Fundación debía presentar el presupuesto de ingresos, costos y gastos, una proyección de los estados financieros básicos y poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales.

Sin embargo, mediante el otrosí al contrato 250, en la cláusula tercera se modificó la cláusula quinta del contrato original y se limitaron los informes que deben ser entregados a Caprecom y se eliminó la obligación de poner a disposición del supervisor del contrato los libros oficiales.

Obviamente esa supresión no puede entenderse aislada de las facultades que asisten a todas las entidades estatales para supervisar en adecuada manera la ejecución de sus contratos.

3.1.2. Lo que se acreditó

A pesar del cambio en las condiciones contractuales, en las comunicaciones del 11 de marzo de 2015, 21 de abril de 2015, 21 de julio de 2015, 6 de agosto de 2015, 21 de agosto de 2015 y en la notificación de visita para la supervisión del contrato 0250 de 2006, se observa que Caprecom le solicitó a la Fundación la entrega de los soportes contables con el fin de determinar el monto de sus excedentes y la respectiva destinación.

Pero, durante este proceso no se acreditó que ese acceso efectivamente se hubiera dado o que la Fundación hubiera entregado o puesto a disposición de Caprecom papeles o documentos que no tenía la obligación de producir o permitir.

3.1.3. Caprecom solicitó documentación que no correspondía

Este Árbitro se pronunciará en los términos en que fue planteada esta pretensión. Como se sabe, en los procesos judiciales, el fallador tiene un marco limitado de acción, consistente en las pruebas que obren en el expediente y las pretensiones que hayan expuesto las partes durante los respectivos trámites procesales. Sólo en casos excepcionales, y siempre en virtud de la ley, podrá fallar por fuera de lo pedido como es el caso de los procesos de consumidor y algunos de familia. No es el caso. Por lo cual, el Tribunal no se encuentra facultado para fallar más allá, ni de manera diferente de lo que las partes le hayan solicitado.

En ese contexto tenemos que Caprecom solicitó la producción y el acceso a información contable que ya no estaba prevista a partir del otrosí al contrato 0250. Para la fecha de varios de los pedidos, Caprecom ya no tenía tal potestad, puesto que fue eliminada por medio del otrosí.

Pero, no hay ninguna prueba de que la Fundación efectivamente haya accedido a lo pedido o que de otra manera Caprecom haya tenido el acceso que pretendía. Mucho menos que la entidad pública hubiera de ninguna manera forzado ese acceso.

Por el contrario, en los textos de los pedidos se hace evidente que Caprecom hizo los requerimientos enfáticamente pero en el marco de la discusión sobre si la remuneración por participación en los excedentes estaba o no aún vigente. Caprecom ahí, en su entendimiento de defender los recursos públicos, al creer que esa remuneración por excedentes estaba vigente, pidió lo que se precisaba para corroborar lo pertinente.

Pero, la Fundación siguió en desacuerdo y no produjo lo que se le pidió. Esa controversia es la que ahora se trajo a arbitramento. La diferencia de entendimientos es legítima y, como se explicará en el punto que sigue, si la interpretación incorrecta del contrato no se materializa en actos que lo nieguen, ello no podrá ser tenido como una violación del mismo.

Por lo anterior, el árbitro concluyó que Caprecom ya no contaba con la posibilidad de solicitar o acceder a los documentos que se habían previsto en el texto original del contrato, esto es a los libros oficiales. Empero, al tiempo anotó que una interpretación diferente no desconocía el acuerdo vigente y la Caja de Previsión Social actuó en esa convicción requiriendo la información, sin que la Fundación haya entregado los archivos, soportes o estados financieros.

Resuelta en forma negativa la pretensión relativa al incumplimiento contractual de Caprecom –puesto que fue negada en la parte resolutive del laudo-, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la segunda pretensión, atinente a la interpretación de la cláusula séptima del contrato y el otrosí de 2011. Previo análisis del clausulado inicial y del contenido del modificatorio, concluyó que no le asistía competencia para establecer si la Fundación Cardiovascular de Colombia había interpretado conforme a derecho la forma de pago, en el sentido de que los documentos contractuales demostraban que las partes modificaron la remuneración que le correspondía a Caprecom, cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, sin adicionar su valor.

Lo anterior, fundado en los siguientes razonamientos:

3.2. Sobre el punto 1.1.2 Interpretación

No es procedente que este Árbitro se pronuncie sobre si la Cardiovascular (sic) ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del Contrato 0250 de 2006 en el sentido que las partes decidieron modificar la remuneración que le correspondía a

Caprecom cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual, y no adicionar otro valor, por las siguientes razones:

3.2.1. En razón a que la interpretación no es un hecho jurídico

La interpretación de uno de los contratantes no es un hecho jurídico y por lo tanto no resulta de relevancia para el mundo del derecho.

(..)

Por consiguiente, al ser la interpretación una labor netamente intelectual, que hace parte del fuero interior del sujeto que interpreta, no resulta de relevancia para el mundo jurídico. Salvo, como se expresó, en aquellos casos en los que motiva una acción y genera efectos en el mundo exterior. Así, en la medida en que la sola interpretación hecha por Caprecom (sic) respecto del clausulado no trasciende al mundo jurídico, este tribunal no se pronunciará al respecto.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que "[l]a interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador, a su discreta autonomía". Con esta posición, la referida Corporación ha dejado por sentado que es el juez quien tiene la calidad para encontrar el sentido y alcance de las disposiciones, en este caso, el árbitro, y que, además, su interpretación es vinculante para los contratantes y para terceros.

Así, entonces, la interpretación unilateral de uno de los contratantes no resulta de relevancia para el mundo jurídico, pues ella hace parte del fuero interno y, en todo caso, no genera ningún efecto. Claro está, es distinto cuando aquella interpretación se exterioriza y, por ejemplo, se incumple el contrato. Caso en el cual, el fallador no se centrará en determinar qué interpretación fue la correcta, sino que analizará si, como consecuencia de ello, hubo un incumplimiento del contrato materializado en una acción o en una omisión.

En otras palabras, lo que interprete cada una de las partes individualmente consideradas no es de ninguna importancia o relevancia para el derecho, pues hace parte de un análisis interior, de su pensamiento, de su creencia respecto del clausulado.

3.2.2. En razón a que el Tribunal no tendría competencia para ello el tribunal arbitral deriva su competencia de lo que las partes señalan. Su poder está de esa manera limitado. En el caso que nos ocupa ahora, se trata de "...toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, a su terminación, a su liquidación y al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el mismo".

Se nota así que, aunque como se explicó arriba la interpretación nunca será un hecho jurídico por sí mismo, este Árbitro no tiene competencia para analizar la íntima convicción que tenga una de las partes sobre el alcance de alguna o algunas de las cláusulas del contrato y menos para señalar si está o no acorde con la verdad legal.

Ahora, frente a la tercera pretensión, relativa al cruce de cuentas y la compensación de las acreencias causadas entre junio y diciembre de 2015, el árbitro se declaró incompetente para pronunciarse, fundado en la supresión y liquidación de Caprecom, proceso dentro del cual los acreedores deben acudir en igualdad de condiciones, por lo que no procede compensar las obligaciones existentes entre la parte intervenida y los terceros. Sobre el punto, sostuvo:

3.3. Sobre el punto 1.1.3 Cruce de cartera

No procede ordenar a Caprecom el cruce de cartera y compensación a partir del junio de 2015 hasta el 28 de diciembre del mismo año, fecha en la que mediante el decreto 2519 de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de Caprecom.

3.3.1. Lo que se prevé en el contrato vigente

Es cierto que las partes acordaron que el pago de la retribución a favor de Caprecom se realizaría mediante cruce de cuentas con las facturas por concepto de los servicios prestados por la Fundación a los afiliados de aquella, de la siguiente manera:

i) En el contrato 0250 se estableció que la Fundación debía "[p]restar el servicio de salud a los afiliados de CAPRECOM y cobrar por dichos servicios como MÁXIMO a la tarifa ISS 2004 MENOS el 12% o en todo caso a la tarifa más baja que EL CONTRATISTA esté cobrando en el mercado, siempre y cuando dicha tarifa sea inferior a la tarifa ISS 2004".

ii) En el otrosí se pactó que la Fundación debía "[p]restar el servicio de salud a los afiliados de CAPRECOM cuando exista contrato de prestación de servicios entre EL CONTRATISTA Y CAPRECOM en el cual se establecerán las tarifas y forma de pago. Para los afiliados de otras EPS, ARS y demás aseguradoras, EL CONTRATISTA, dentro de su autonomía e independencia podrá pactar las tarifas".

ii) En el acta de junta paritaria celebrada entre Caprecom y la Fundación del 26 de octubre de 2011, se observa que "(...) el pago de la contraprestación a cargo de la Fundación por la ejecución del contrato No. 250 de 2006 a partir del 15 de julio de 2011, se efectuará mediante cruce de cuentas y previa facturación por parte de Caprecom (...).

3.3.2. Lo que se prevé en la ley aplicable

No es procedente ordenar la compensación pretendida, en razón a que se desconocerían las normas imperativas a ese respecto y se violaría el principio de igualdad imperante en los procesos liquidatorios (sic).

Caprecom entró en liquidación mediante decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 expedido por la Presidencia de la República.

El régimen aplicable a la liquidación de entidades estatales está contenido principalmente en el decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006. En el artículo primero de la referida ley, se establece que, en lo no previsto, deberán aplicarse las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

En todo proceso liquidatorio (sic), con independencia de si se trata de una entidad pública o privada, se sigue el principio de igualdad consistente en que todos los acreedores deben comparecer al proceso liquidatorio (sic), sin que sea permitido ventilar sus acreencias en otro escenario, todo esto con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos de todos los acreedores.

*Ahora, la norma especial mencionada arriba no hace referencia a la compensación y a los efectos del inicio del proceso liquidatorio, debiéndose entonces remitir al estatuto orgánico del sistema financiero en donde se señala que, "[con el fin de asegurar la igualdad de los acreedores en el proceso liquidatorio, **no procederá la compensación de obligaciones de la intervenida para con terceros que a su vez sean deudores de ella.***

*Uniformemente, la jurisprudencia, en numerosas oportunidades, se ha pronunciado sobre **la no procedencia de la compensación en las liquidaciones de entidades públicas y privadas por desconocer el principio de igualdad.** Esa imposibilidad de compensar en procesos liquidatorios (sic) o de resolver sobre esos temas por fuera del proceso correspondiente impera inclusive cuando los elementos de la compensación se han presentado con anterioridad al proceso de liquidación. Al respecto la Corte Constitucional manifiesta que "... una compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, éste no entraría al prorrateo a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias (negrillas fuera de texto).*

Precisado lo anterior, el tribunal consideró que no podía pronunciarse sobre la compensación pretendida por la Fundación, pues estaría violando el principio de universalidad y usurpando la competencia radicada en cabeza del ente liquidador.

El árbitro, aún en gracia de discusión, dio cuenta de que la Fundación no acreditó los elementos necesarios para probar el acaecimiento de la compensación. Señaló que para que procediera la compensación, era necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) reciprocidad actual de las deudas; (ii) homogeneidad de las prestaciones y, (iii) liquidez y exigibilidad de las obligaciones. Sostuvo:

El artículo 167 del C.G.P, aplicable a este caso, determina que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Y, la Fundación no acreditó los supuestos requeridos para que se pudiese determinar que sobrevino una compensación.

Bien, en el expediente, la única prueba que aportó la Fundación para probar la compensación, es una certificación expedida por ella misma en donde manifiesta que "...al 28 de diciembre de 2015 se encontraba pendiente de realizar el cruce de cartera con la cuenta por pagar por concepto de la contraprestación estipulada en el contrato, la suma de \$852.600.000". Lo que no resulta suficiente para determinar la cuantía exacta de las contraprestaciones que le corresponderían a cada una, que sean exigibles, o que estén soportadas.

Una vez resueltas las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las elevadas en la demanda de reconvención.

En relación con la declaratoria de incumplimiento de la contratista, el árbitro puso de presente que, si bien el demandante en reconvención solicitó como pretensión que se declarara que la Fundación convocante "incumplió el Contrato 250 de 21 de diciembre de 2006", no precisó qué cláusulas o apartes consideraba desconocidos. No obstante, al interpretar la demanda, se desprendía que el incumplimiento al que hizo referencia tenía que ver con la cláusula 7.2 del contrato original. Puso de presente, además, que ese era el centro de la controversia suscitada entre las partes y por tener una íntima relación con la pretensión segunda, resolvió como sigue:

4.2. Sobre el punto 1.2.2 Supresión o modificación de la cláusula 7.2

4.2.1. Criterios de interpretación contractual

En el ordenamiento jurídico colombiano prevalece la intención de las partes sobre lo declarado en el contrato. Diferente de lo argumentado por Caprecom en el artículo 1618 del Código Civil. Categóricamente se determina que "[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". Así que el ejercicio que le corresponde a este Tribunal, consistirá en valorar los medios de prueba obrantes en

el expediente para auscultar la verdadera intención de las partes, lo realmente querido. Y, sólo si no se consigue el resultado se procedería con los demás criterios de interpretación subsidiarios de la intención.

4.2.2. Lo que se acreditó

Durante el curso de proceso el apoderado de Caprecom hizo varias insinuaciones sobre que habría existido mala fe por parte de la Fundación e incluso que habrían existido motivos oscuros en la medida que algunos de los funcionarios de su representada tenían vínculos de amistad con el Director General antes de su vinculación.

En varios apartes de este laudo se ha expresado que esas sugerencias no pueden ser atendidas en la medida que nunca se concretaron en hechos y, peor, llegaron sin soporte, definitivamente muy lejos de acompañarse del peso probatorio que se precisaría para que se desvirtúe la presunción de buena fe y de inocencia que se consagran en nuestra Constitución Política y en la ley.

Hecha esa precisión, del análisis de las pruebas se desprende inequívocamente que las partes tenían la intención de eliminar la remuneración por excedentes para migrar exclusivamente a una suma fija.

Para llegar a dicha conclusión, el árbitro adelantó el siguiente análisis comparativo entre el texto del contrato y el otrosí, como pasa a explicarse:

Contrato 250	Otrosí
<p>SÉPTIMA. EXCEDENTES y PERDIDAS:</p> <p>7.1 VALOR DEL CONTRATO Y RESPALDO PRESUPUESTAL: El presente contrato no tiene valor. Por lo tanto, no contará con certificados de disponibilidad presupuestal ni requiere de registro presupuestal para su legalización.</p> <p>7.2 PARTICIPACIÓN: Los excedentes de la administración de la Clínica se liquidarán para cada año fiscal y se distribuirán entre EL CONTRATISTA y CAPRECOM, así: 50% con destino</p>	<p>QUINTO. La cláusula SÉPTIMA del contrato quedará así:</p> <p>7.1 VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El valor mensual que el CONTRATISTA cancelará a CAPRECOM, será la suma de Ciento Cinco Millones de pesos (\$105.000.000.00) M/CTE.</p> <p>En el otrosí no se hizo referencia a la cláusula 7.2. pero en el numeral 7.3 se estableció que "Los demás numerales y párrafos de la CLAUSULA</p>

<p>a CAPRECOM y 50% con destino a EL CONTRATISTA. En todo caso, las pérdidas que se generen deberán ser asumidas en su integridad por EL CONTRATISTA, sin facultad o derecho alguno de repetir contra CAPRECOM.</p> <p>7.3 DESTINACIÓN: La parte de los excedentes que le corresponde a EL CONTRATISTA compensará su gestión y por tanto será de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que los excedentes de CAPRECOM se destinarán, prioritariamente, para la modernización de equipos y la apertura de servicios en la Clínica.</p> <p>En caso de que alguna de las cuotas anuales del crédito condonable que le otorga la Nación a CAPRECOM para el fortalecimiento de sus IPS sea definida como no condonable por causas imputables a CAPRECOM, podrá destinar los excedentes, en caso de ser necesario, al pago de las cuotas anuales del CRÉDITO DE PRESUPUESTO una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y apertura de nuevos servicios antes mencionadas. Para ello, CAPRECOM le comunicará a EL CONTRATISTA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informe de tal situación.</p> <p>Una vez se hayan realizado las labores de modernización de equipos y ampliación de servicios, y no se tengan cuotas anuales del crédito por cancelar, los excedentes de CAPRECOM serán destinados para amortizar su pasivo pensional.</p> <p>En caso de que no se presenten excedentes, la cuota del crédito condonable que sea definida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como no condonable será asumida directamente por CAPRECOM.</p> <p>Los excedentes de CAPRECOM no podrán ser utilizados como capital de trabajo para la administración de la Clínica que se organice.</p>	<p>SEPTIMA continúan iguales."</p> <p>7.3 DESTINACIÓN: Los excedentes que le corresponden a EL CONTRATISTA serán de su libre disposición, atendiendo su objeto social; mientras que las contraprestaciones que recibe CAPRECOM se destinarán para el pago de la prestación de servicios de salud para los usuarios afiliados a CAPRECOM, para la modernización de equipos y para la apertura de servicios en la Clínica. Los demás numerales y párrafos de la CLÁUSULA SEPTIMA continúan iguales. PARAGRAFO: Los gastos e inversiones en que el CONTRATISTA haya incurrido o incurra para la apertura de nuevos servicios, estarán a cuenta del CONTRATISTA, con cargo a la operación.</p>
---	--

<p>7.4 PÉRDIDAS: En la medida en que EL CONTRATISTA tiene total autonomía para la administración de la Clínica y que por este contrato así se ha convenido, las pérdidas que se presenten en la operación serán asumidas exclusivamente por EL CONTRATISTA, con la facultad de terminación que se deja expresada en el aparte correspondiente, cuando tales pérdidas sean la consecuencia de causas objetivas no imputables a él, y siempre y cuando EL CONTRATISTA asuma dichas pérdidas y demuestre que se encuentra a paz y salvo por todos los gastos en que incurrió durante su administración.</p>	
--	--

Precisado lo anterior, el tribunal dejó en claro que “(..) si lo que las partes acordaron en el Otro sí hubiera sido que, en adición a la participación en los excedentes, Caprecom tendría derecho a una suma fija mensual, se hubiera mantenido la garantía correspondiente a la remuneración variable y contingente y a esa se le hubiera adicionado la que se necesitaba para la remuneración fija y periódica”. Evidenció que ello no ocurrió en el modificatorio, empero en el contrato original si, como se lee en la cláusula décima:

EL CONTRATISTA deberá constituir a su costa y a favor de CAPRECOM, fuera de las garantías ya mencionadas en el literal m) de la cláusula quinta (obligaciones de EL CONTRATISTA) del presente contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato, garantía expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia, cuya póliza matriz se encuentre aprobada por la Superintendencia Financiera que ampare: (i) Cumplimiento, por el 10% de los ingresos proyectados para cada uno de los años del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (ii) Calidad del servicio, por el 10% de los ingresos proyectados para cada uno de los años del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más (...).

Además, el árbitro señaló que en el otrosí dicha condición fue eliminada y se cambió por una garantía que cubría la remuneración fija y periódica, así:

Cláusula octava del otrosí: "El CONTRATISTA deberá mantener vigentes a su costo y a favor de CAPRECOM, fuera de las garantías ya mencionadas en el presente contrato, la garantía expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia, cuya póliza matriz se encuentre aprobada por la Superintendencia Financiera, que ampare: (i) Cumplimiento, por el 10% de la sumatoria de los pagos mensuales que EL CONTRATISTA efectúe anualmente a CAPRECOM, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (ii) Calidad del servicio, por el 10% de la sumatoria de los pagos mensuales que el CONTRATISTA efectúe anualmente a CAPRECOM, con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro meses más; (...).

En este orden, el árbitro concluyó que la voluntad de los contratantes era eliminar la remuneración variable y contingente y dejar solo la fija y periódica.

Para brindar soporte a lo anterior, el tribunal, además, trajo a colación todo el material probatorio que reposa en el plenario, tales como los testimonios del personal que laboraba tanto en la Fundación Cardiovascular de Colombia como en CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, con miras a demostrar las dificultades presentadas con el sistema de excedentes de participación. Así mismo, relacionó las comunicaciones cruzadas entre los contratantes, las cuales evidenciaban su intención de modificar la contraprestación acordada inicialmente. De igual forma, destacó las actas de juntas paritarias, en las que las partes tuvieron acercamientos para resolver las controversias generadas durante la ejecución contractual, disponiendo, en síntesis, luego de analizar varias alternativas, la necesidad de cambiar la retribución por la operación de la clínica de Santa Marta, al tiempo que liquidaron los excedentes pendientes que le correspondían a CAPRECOM entre los años 2007 y 2011 y se aprobaron los inventarios de los bienes que serían entregados a título de liquidación.

De esta forma, el Tribunal de Arbitramento concluyó que las partes realizaron un corte de cuentas, con el objetivo de darle paso a la nueva remuneración y así liberarse de la anterior. Señaló:

De la lectura de las actas de junta paritaria se observa que:

- i) Se estaban presentando dificultades como consecuencia de la remuneración pactada en el contrato No. 0250.*
- ii) Se ventilaron alternativas.*
- iii) Se negoció el valor y se implementó*
- iv) Se procedió a liquidar los pendientes, como se procederá a estudiar en el numeral siguiente.*

En las actas de junta paritaria, se observa entonces, que la intención era cambiar el sistema de remuneración de los excedentes a una suma fija mensual.

4.2.2.7. El pago de lo pendiente a la fecha del otrosí

Las partes realizaron un corte de cuentas, con el objetivo de darle paso a la nueva remuneración, y así liberarse de la vieja. A esta conclusión se llegó a partir de lo siguiente:

i) En el acta de la junta paritaria del 26 de julio de 2015 se señaló que: la remuneración por el sistema de excedentes estuvo vigente hasta 14 de julio de 2011; se liquidaron los excedentes que le corresponden a Caprecom de 2007 a 2011; la liquidación de los excedentes se pagará con equipos.

ii) Mediante acta de la junta paritaria del 23 de noviembre de 2011 se aprobó el inventario de los bienes que serían entregados como liquidación de los excedentes que le correspondían a Caprecom de 2007 a 2011.

Lo que permite concluir, con mayor razón, que la verdadera intención era cambiar el sistema de remuneración a uno fijo mensual, pues precisamente realizaron todos los trámites contables y financieros con el fin de dar por terminadas las sumas pendientes bajo la remuneración de excedentes de operación.

De conformidad con lo expuesto, el tribunal consideró que *“las partes ejecutaron el contrato en la forma como este Árbitro entiende el otro sí. Caprecom en tres años no solicitó los excedentes ni ningún tipo de información contable con el propósito de determinarlos”*. Por tanto, no existió incumplimiento y no procedía ninguna orden en tal sentido. Se destaca:

La tarea de este Tribunal, en lo que tenía que ver con la interpretación del contrato, respondía a la definición de la voluntad real de las partes al momento de contratar, y solo si, no se lograba evidenciar cuál era la verdadera intención, se debía acudir a los criterios subsidiarios de interpretación incorporados en el Código Civil. Lo que no sucedió. En realidad, las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que las partes querían eliminar la remuneración variable y contingente que traía la cláusula 7.2. Así, debe entenderse por eliminada en lo referente a que a Caprecom le corresponde el 50% de los excedentes, razón por la cual no procede ninguna de las órdenes solicitadas al Tribunal por no demostrar el supuesto requerido para su generación.

Acto seguido, el Tribunal de Arbitramento procedió a pronunciarse sobre las excepciones propuestas por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN.

En relación con la excepción denominada *“el contrato 0250 de 21 de diciembre y el otrosí están ajustados a derecho”*, el árbitro dio cuenta de la ambigüedad y ausencia de claridad de la cláusula relativa a la contraprestación y la intención de las partes expresada en el otrosí, lo que, por demás, generó la controversia que ahora se desata, dando lugar a que el Tribunal acogiera una interpretación integral conforme el material probatorio y que dejó establecida en acápites que preceden. Por tanto, declaró no fundada la excepción propuesta.

Sobre la excepción de *“incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia que justifica y enerva la nueva pretensión tercera de la demanda reformada”*, el árbitro no se pronunció en la medida en que no estaba facultado para valorar el acaecimiento de la compensación por fuera del proceso liquidatorio.

En cuanto a la excepción de *“falta de competencia para alterar el proceso concursal de la liquidación de Caprecom”*, el Tribunal reiteró su falta de competencia para acceder a la pretensión tercera de la demanda principal, comoquiera que, en virtud del principio de igualdad de todos los acreedores, estos deben acudir al proceso liquidatorio para la consecución de sus créditos, por lo que no es dable adelantar compensaciones a partir de la liquidación, pues solo el liquidador está facultado para ello.

En lo atinente a la excepción denominada *“la conducta de la Fundación Cardiovascular de Colombia es contraria a la buena fe”*, el árbitro señaló que no se acreditó que la Fundación haya dejado de cumplir con lo que le correspondía, en punto a las compensaciones, tampoco su mala fe.

En relación con la excepción *“la Fundación Cardiovascular de Colombia está violando el principio venire contra factum proprium”*, el tribunal no la encontró acreditada, pues la Fundación no desplegó ningún acto o generó confianza en Caprecom respecto de la consagración de dos sistemas de retribución –fijo mensual y excedentes-, pues *“esta última participó en la negociación y sabía de la intención pretendida por ambos, consistente en dejar un sistema fijo mensual como contraprestación”*. Anotó, además, que *“más allá la manera como las partes actuaron durante los primeros tres años luego de la firma del otrosí fue consistente con la posición de la Fundación y alejada de lo que ahora entiende Caprecom”*.

De ahí que el tribunal no encontrara que la contratista hubiese pretendido desconocer sus propios actos.

Sobre las excepciones propuestas por la Fundación, en calidad de demandado en reconvención, el árbitro señaló que *“al no encontrar mérito alguno a las pretensiones solicitadas por Caprecom en su demanda de reconvención, se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones propuestas”*.

Acto seguido, el tribunal puso de presente que, si bien las partes prestaron el juramento estimatorio que exigía el artículo 206 del C.G.P., no procedía la imposición de la sanción para ninguna de ellas, porque *“la causa del fracaso de las pretensiones condenatorias de la reforma de la demanda como de la reforma de la demanda de reconvención, no fue la ausencia de prueba de los perjuicios invocados, sino la improsperidad o fracaso de las respectivas pretensiones del incumplimiento contractual alegado”*.

Añadió, por otra parte, que ni la convocante ni la convocada, actuaron con temeridad o mala fe en dicha estimación.

El anterior razonamiento fue utilizado por el tribunal para negar la condena en costas, sin perjuicio de la causación de expensas en que hayan incurrido y el reconocimiento de gastos varios y de secretaría, últimos que serían reintegrados a las partes por mitades.

2.2 Aclaración y adición del laudo

2.2.1. El 21 de noviembre de 2017, la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes, PAR CAPRECOM LIQUIDADO solicitó complementar el laudo, en cuanto el árbitro pasó por alto resolver la pretensión segunda de la demanda, relativa a que se declarara que la Fundación Cardiovascular de Colombia ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del contrato n.º 250 de 2006, atendiendo a la expresa voluntad de las partes contenida en el otrosí de 11 de julio de 2011, en tanto se modificó la participación de los excedentes por una suma fija mensual. Sostuvo:

Respetuosamente reitero que al momento de suscribirse el contrato 0250 de 21 de diciembre de 2006 y el otrosí de 11 de junio de 2011, que lo modificó, con base en los textos revisados y suscritos por los representantes legales, no existe duda de la verdadera intención de las partes consignada en la literalidad de esos documentos, luego no había lugar a interpretación del querer de las partes.

Del texto se deduce que los contratantes dejaron una retribución mensual y el derecho a liquidar y realizar una distribución sobre los excedentes de la operación hospitalaria en los términos del numeral 7.2 del contrato original, que nunca se suprimió y que se destinó prioritariamente para la modernización de los equipos y la apertura de nuevos servicios de salud (fls. 523-532 cuaderno ppal.).

2.2.2. Mediante auto n.º 22 de 23 de noviembre de 2017, el Tribunal de Arbitramento negó la solicitud de adición del laudo, en síntesis, porque adelantó un análisis pormenorizado de la segunda pretensión –numerales 3.2.1 y 3.2.2-, anotando que la misma se componía de dos partes: una pretensión propiamente dicha y otra su consecuencia. Además, puso de presente que su competencia estaba limitada por la cláusula compromisoria, en la que no se previó la interpretación del contrato, la cual, además, por provenir de la labor intelectual de una de las partes, constituía un hecho

que no era jurídicamente relevante y, por tanto, no trascendía al mundo exterior (fls. 533-538 cuaderno ppal.).

3. Recurso de anulación

3.1. El 2 de enero de 2018, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN presentó en oportunidad recurso extraordinario de anulación, invocando las causales 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, fundadas en iguales argumentos, como pasa a explicarse.

La recurrente sostuvo que en la modificación realizada en el otrosí de 11 de julio de 2011, las partes convinieron en que la remuneración tenía dos elementos a saber: el que venía del contrato inicial, consistente en el 50% de las utilidades de la clínica, más una suma fija mensual de que trata el modificatorio. Precisó que en el otrosí se estableció que “*los demás numerales y párrafos de la cláusula séptima continuarán iguales*”, de manera que lo que no estaba expresamente reformado se entendía vigente, por lo que el 50% de los excedentes jamás fue reformado.

Por lo anterior, la decisión arbitral constituyó un fallo en conciencia, en la medida en que desconoció la subsistencia de la cláusula contractual en la parte que establece el derecho al 50% de los excedentes de participación a favor de Caprecom EICE, en el que tampoco se definió la litis. Se destacan los siguientes apartes de la impugnación:

Al respecto, es oportuno indicar que el Tribunal no tuvo en cuenta que la forma de remuneración pactada se encontraba determinada de manera clara en el contrato. Tampoco consideró que el incumplimiento por parte de la Convocante se materializó con (1) la no entrega de la información solicitada por la convocada para determinar el valor de su participación en los excedentes y (2) el no pago de la participación de los excedentes que le correspondían a la convocada, en los términos pactados en el contrato. El hecho jurídicamente relevante es que la convocante no permitió que la convocada pudiera determinar el valor de los excedentes que le corresponden en los términos del contrato, lo cual se encontró determinado en el dictamen pericial que se recaudó como prueba, tal como fue solicitado en las pretensiones de la demanda de reconvencción.

Esta situación configura las causales de anulación contempladas en los numerales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que el Tribunal no decidió sin razón legal la segunda pretensión de la demanda, que era esencial para acceder a las pretensiones de la demanda de reconvencción. De esta forma no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento (núm. 9), con lo cual la decisión fue en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho (núm. 7).

La recurrente dio cuenta, además, de que el árbitro sí tenía competencia para pronunciarse sobre la interpretación que debía dársele al contrato, en los términos de la cláusula compromisoria, además de que se trataba de una situación jurídicamente relevante que incidía en la relación contractual y en el cumplimiento de las obligaciones, además de necesaria para desatar la litis que quedó sin definir. Señaló que en la decisión objeto de reproche *“(..) no se hizo una valoración adecuada de la pretensión segunda de la demanda principal, ni de los hechos sobre los cuales se sustentaba; igualmente dejó de lado las pruebas y por tanto en su entender consideró que se trató de una situación del fuero interno de las partes que son irrelevantes para el ordenamiento jurídico”*.

Por último, Caprecom EICE en Liquidación insistió en que el árbitro no tuvo en cuenta que la forma de remuneración *“(..) estaba pactada en el contrato modificado y consistía en la suma fija adicional a la participación de los excedentes por la explotación de la clínica, de tal forma que al no acoger lo pactado por las partes, inaplicó la regla que establece que los contratos son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales”* (fls. 540-560 cuaderno ppal.).

4. Oposición al recurso extraordinario de anulación

4.1. La Fundación Cardiovascular de Colombia se opuso a la prosperidad de las causales esgrimidas en el recurso extraordinario de anulación interpuesto por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Dio cuenta de que la controversia de las partes se suscitó por la modificación de la cláusula séptima –valor y forma de pago- del contrato n.º 250 de 2006, mediante el otrosí de 11 de julio de 2011. Esto, en la medida en que para la Fundación Cardiovascular de Colombia se cambió la forma de pago a una remuneración única y fija mensual, mientras que para Caprecom, adicional a esta, la contratista debía cancelar el 50% de los excedentes causados por la administración de la clínica. Sostuvo que el tribunal resolvió la controversia *“al reconocer que mediante el otrosí se modificó la forma de pago a una remuneración fija mensual”*. Puso de presente, por tanto, su conformidad con lo resuelto, en la medida en que se analizó de fondo las pretensiones de la demanda inicial y su reforma, así como la demanda de reconvención y su reforma, definiendo la Litis, en el marco de la cláusula compromisoria.

Además, la convocante compartió el hecho de abstenerse de resolver lo solicitado en la segunda pretensión de la demanda principal, *“teniendo en cuenta que demandaba hacer un pronunciamiento sobre la forma en que la parte convocante había interpretado la cláusula séptima del contrato 250 de 2006, lo cual hace parte de la condición íntima de la parte, sobre lo cual el Tribunal no tiene competencia”* (fls. 562-565 cuaderno ppal.).

5. Trámite del recurso de anulación

Mediante auto de 5 de julio de 2018 se admitió el recurso extraordinario de anulación (fls. 572-575 cuaderno ppal.). Ejecutoriada la decisión, el proceso ingresó al despacho para proferir decisión de fondo.

El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012², dado que este se presentó el 2 de enero de 2018 y la notificación del auto que decidió la solicitud de aclaración y adición del laudo arbitral presentadas por la parte convocada, se produjo el 23 de noviembre de 2017, según consta en el acta n.º 198 de esa fecha, por lo que el plazo previsto en la ley venció el 10 de enero de 2018 (fls. 533 y 540 cuaderno ppal.).

En este punto es importante recordar el contenido del artículo 118 del Código General del Proceso, que determina el cómputo de los plazos legales: *“Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”*.

2. Régimen legal aplicable

² “Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.

La Ley 1563 del 12 julio de 2012³ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto⁴, razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en dicho ordenamiento.

3. Jurisdicción y competencia

El 12 de julio de 2016, el Tribunal de Arbitramento se instaló en audiencia realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al tiempo que admitió la demanda y ordenó notificar a Caprecom en liquidación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, se confirma la jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 7º y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación⁵ y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁶, que determinan que

³ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: *“Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”*.

⁴ La demanda arbitral se presentó el 2 de febrero de 2017.

⁵ *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…) 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”.

“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. 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 que 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 sólo procederá el recurso de revisión.

“(…) Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

Además, el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003– radicó en esta Sección la competencia para conocer de “*los procesos de nulidad de los laudos arbitrales originados en contratos estatales*”.

El 21 de diciembre de 2006, la Fundación Cardiovascular de Colombia y CAPRECOM EICE suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 250 de 2006, cuyo objeto consistió en “*(..) la prestación de servicios profesionales por parte del contratista para la administración de la Clínica denominada hoy José María Campo Serrano, ubicada en la ciudad de Santa Marta, para que sin representación de Caprecom y sin capacidad de comprometerlo de ninguna manera, bajo su exclusiva dirección y responsabilidad, con toda autonomía administrativa y actuando a su nombre en todos los casos, realice las siguientes acciones (..)*”. Vínculo sobre el cual recayó la decisión contenida en el laudo arbitral de 14 de noviembre de 2017, objeto del recurso extraordinario de anulación que ahora se decide.

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado sobre la naturaleza, características y particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias⁷, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

⁶ “Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.

“Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

“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”.

⁷ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

i) El recurso de anulación contra laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia adicional dentro del proceso.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*. Ello significa que no le es dable al juez examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales se arribó.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos eventos previstos en la ley, particularmente, lo que tiene que ver con la prosperidad de la causal fundada en no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv) Los poderes del juez en sede de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado y los argumentos deben encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra⁸; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez interpretar o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso⁹.

v) El recurso extraordinario de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”*¹⁰.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por la Subsección A en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por la Subsección A en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por la Subsección A en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

5. Causales de anulación

Precisado lo anterior, la Sala abordará conjuntamente las causales de anulación propuestas por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN –7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–, en la medida en que comparten iguales argumentos.

La recurrente sostuvo, en síntesis, que en la modificación de que da cuenta el otrosí de 11 de julio de 2011, las partes convinieron en una suma fija mensual, adicional al 50% de los excedentes de participación causados por la operación de la Clínica José María Campo Serrano, ubicada en la ciudad de Santa Marta. No obstante, alegó que la Fundación Cardiovascular de Colombia incumplió con el pago en los términos convenidos y solicitó la integración del Tribunal de Arbitramento con miras a que se declarara ajustada a derecho la interpretación que la contratista le ha dado a la cláusula séptima del contrato inicial y a su modificatorio. Pretensión que, en el sentir de la recurrente, no fue resuelta por el árbitro, por lo que se configura un fallo en conciencia.

La Fundación Cardiovascular de Colombia se opuso a los argumentos del recurso y puso de presente su conformidad con lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento, en la medida en que resolvió de fondo las pretensiones de las demandas inicial y de reconvención, definiendo la litis, en el marco de la cláusula compromisoria. Además, compartió el hecho de abstenerse de resolver lo solicitado en la segunda pretensión de la demanda principal, en la medida en que, si bien elevó la pretensión relativa a que se declarara que la contratista interpretó conforme a derecho la cláusula séptima del contrato, la misma tenía que ver con el entendimiento que una de las partes le dio a dicha estipulación. Al tiempo, que dio cuenta de que la real intención de los contratantes consistió en modificar la forma de pago por una suma fija mensual, sin que hubiera lugar a reconocer participación por excedentes a favor de Caprecom.

5.1. Causal 7: *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

5.1.1. Consideraciones de la Sala

El arbitraje en derecho constituye la regla general aplicable a la contratación estatal, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que preceptúa:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia– ha de tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política¹¹, las partes pueden habilitar a los árbitros para resolver las eventuales controversias que surjan entorno al contrato, previamente delimitadas y establecidas en la cláusula compromisoria y, por ende, abstraen el conocimiento del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, es de advertir que el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del régimen jurídico que gobierna el convenio, del marco contractual y de las pruebas aportadas. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de Arbitramento resolvió con fundamento en el ordenamiento, se apoyó en el acervo probatorio y fundamentó su decisión en las disposiciones legales y en los términos contractuales.

Es de anotar, además, que resolver en derecho no comporta prescindir de los valores y principios, en no pocos casos necesarios para proferir una decisión justa.

La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no comporta la posibilidad de confrontar las argumentaciones del tribunal, esto es, no se trata de abrir nuevamente el debate que no está previsto en sede de anulación.

¹¹ “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”.

En este punto, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en un pronunciamiento sobre la materia, oportunidad en la que, luego de un recorrido histórico sobre la causal de anulación, se sintetizó su contenido y alcance en los siguientes términos:

La causal contemplada en el numeral 7 de la ley 1563 de 2012 conserva, en esencia, la estructura de la causal prevista en el derogado artículo 163 (numeral 6) del decreto 1818 de 1998, salvo que la nueva disposición hace distinción expresa entre el laudo proferido en conciencia del laudo proferido en equidad, distinción que surge como resultado del desarrollo jurisprudencial al que se ha hecho alusión.

Lo expuesto hasta este momento permite afirmar que el estado actual de la jurisprudencia en torno al fallo en conciencia y en equidad es el siguiente:

1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política¹².

2.- El laudo arbitral que se produce como resultado del arbitraje técnico está excluido del recurso extraordinario de anulación previsto en el ordenamiento jurídico; por tanto, la decisión que se adopta en ese tipo de arbitraje es definitiva.

3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.

La causal de anulación conocida como ‘Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho’ comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.

El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

¹² Nota original de la cita: “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” (subraya fuera del texto).

4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal 'Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho', cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.

5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.

6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia¹³.

Cabe advertir que la jurisprudencia ha expuesto que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente, razón por la cual, la anulación del laudo impugnado no se puede fundar en la interpretación de la ley¹⁴.

La Corte Constitucional, por su parte, ha trazado la misma senda en materia de anulación de laudos arbitrales por la causal de fallo en conciencia. Al respecto, ha sostenido que la competencia del juez se limita al examen de errores *in procedendo*, ya que el recurso de anulación no puede ser empleado para desconocer lo pactado por las partes. La Corte señaló¹⁵ -se destaca-:

La restricción del juez de anulación para pronunciarse sobre errores in iudicando, encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2017, exp. 56.347, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁴ Véase al respecto, la sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A del Consejo de Estado, el 24 de mayo de 2017, expediente N° 110010322600020160015200 (58.675). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁵ Sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Así mismo, la Corte ha señalado que actualmente no hay diferencia entre el fallo en conciencia y en equidad, sin perjuicio de que la equidad sea un criterio de interpretación. Sobre el punto, se sostuvo:

37. En cuanto a la primera condición de aplicación de la causal, se advierte que los fallos en derecho y en conciencia son dos modalidades de decisión arbitral excluyentes.

37.1 El derecho positivo señala que “el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”¹⁶. Concepto que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado se ha encargado de nutrir para efectos de concretar su alcance, razón por la cual se justifica revisar brevemente algunas de sus conclusiones más importantes.

*De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el **fallo en equidad o en conciencia** se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia¹⁷, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”)¹⁸.*

37.2 Señala también la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando el juez arbitral decide en equidad se mueve en un marco más amplio del que prescribe el ordenamiento jurídico; aunque también indica la jurisprudencia que el hecho de que se haga una referencia mínima a normas positivas no significa que se esté ante un fallo en derecho, si tal referencia no guarda un hilo conductor con la decisión de que se trate, es decir, que es posible la referencia normativa pero ella no se convierte en fundamento y centro de la decisión¹⁹.

(..)

*El artículo 116 de la Constitución dispone que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de **administrar justicia**. Así, en términos de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia “...Tratándose de arbitraje, **las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso**, sin perjuicio de que las partes puedan acordarlas...”. Desde ese punto de vista, el fallo en equidad no excluye en nuestro sistema la aplicación de reglas de procedimiento, aspecto que es más claro si se tiene en cuenta que el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, señala que el arbitraje es independiente cuando las partes acuerdan libremente las reglas de procedimiento aplicable a la solución del conflicto,*

[¹⁶ Artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, norma que a su vez fue compilada por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998].

[¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 18 de junio de 2008, Exp. No.1100 103260002007-00061-00 (34.543), Recurrente convocada: Teleacceso S.A. en liquidación, Convocante: Colombia Movil S.A. E.S.P. Asunto: Recurso de anulación laudo arbitral].

[¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 1999, Exp.15623 y Sentencia de 16 de abril de 2000, Exp. 18.411].

[¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 32896, M.P. Mauricio Fajardo Gómez].

institucional cuando las partes se someten al procedimiento establecido por el centro de arbitraje, y legal cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realiza conforme a las disposiciones legales vigentes.

La anterior tesis se refuerza si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. En consecuencia, no es posible afirmar que cuando se falla en equidad el árbitro se sustrae de la aplicación de las normas de procedimiento, pues cualquiera que estas sean, deben garantizar como mínimo el debido proceso y el derecho de defensa.

(..)

38.2 Otro problema que se plantea sobre el arbitraje en equidad es el que tiene que ver con las pruebas, pues aunque el Consejo de Estado ha señalado, según lo visto, que el fallo en equidad puede ser aquel en el que se prescinde de elementos probatorios en aras de buscar la solución más justa para el caso concreto, lo cierto es que un fallo en equidad debe establecer claramente los hechos a partir de los cuales va a decidir, precisamente en aras de evitar un fallo arbitrario, razón por la cual es posible estar ante un fallo en equidad en el cual se haga uso y valoración de las pruebas. Basta con afirmar que de acuerdo con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, lo cual permite a esta Corte afirmar que no necesariamente en un fallo en equidad se prescinde de la prueba. Lo que sucede en este caso es que la libertad probatoria está íntimamente ligada a la libre apreciación y persuasión del árbitro, cuya interpretación no está atada a un rigorismo formalista²⁰.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política²¹ hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho²². Un

²⁰ Sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²¹ Cita original de la sentencia: “Artículo 230 C.P. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

²² Cita original de la sentencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-

*caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable.
(...)*

Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia o en equidad, no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento²³.

Con base en los criterios jurisprudenciales citados, la Sala procederá a resolver los argumentos que sustentan la causal invocada.

5.1.2. El caso concreto

En el presente caso, la Sala debe establecer si el Tribunal de Arbitramento adoptó un fallo en conciencia, porque, en sentir de Caprecom EICE en Liquidación, se omitió resolver la segunda pretensión de la demanda, relativa a la interpretación de la cláusula séptima del contrato y el otrosí que la modificó. Esto, comoquiera que era necesario para definir la controversia atinente a la contraprestación a la que tenía derecho la Caja de Previsión Social.

Sobre el particular, es de anotar que este hecho, es decir, dejar de resolver un punto sujeto a decisión de los árbitros, de haberse producido, no constituiría un fallo en conciencia sino un fallo citra petita, cuyo control procede por la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Como se observa, los argumentos del recurrente, bajo la égida del fallo en conciencia, pretenden reabrir el debate probatorio y cuestionar el análisis de fondo adelantado por el Tribunal de Arbitramento, en relación con el contenido y alcance de las obligaciones contractuales, así como el valor y la forma de pago convenida, por no compartir las conclusiones a las que arribó el laudo arbitral en estos puntos.

26-000-2014-00190-00 (52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, exp. 56.728, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que el laudo objeto de recurso no fue proferido al margen del ordenamiento jurídico, ni con prescindencia de las normas que regulan la materia sometida a controversia, tampoco se fundamentó en razonamientos que reflejaran el mero parecer del árbitro o que se dejara por fuera la valoración jurídica y fáctica de las pruebas aportadas al plenario.

La Sala observa que los argumentos del recurrente escapan a la competencia que tiene el juez de la anulación, pues tienen que ver con el fondo del asunto, esto es, el incumplimiento contractual y el desconocimiento de la forma de pago convenida. Se orientan a rebatir las conclusiones del árbitro, sustentadas en normas, principios y pruebas, en un ejercicio de razonamiento distinto al que la parte convocada estimó que debió seguirse, pero no configurativo de fallo en conciencia.

En este punto, no está de más recordar que el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 prohíbe al juez del recurso de anulación pronunciarse sobre el fondo de la controversia, así como calificar o modificar el criterio, las valoraciones y las interpretaciones esbozadas por el Tribunal de Arbitramento²⁴.

Por tanto, mal puede acogerse en el presente caso la censura planteada por la parte recurrente, en cuanto a que el análisis realizado por el árbitro debió tener en cuenta las pruebas allegadas a la actuación y juicios probatorios adicionales a los considerados en el laudo, por lo que, en su sentir, se debió adoptar una conclusión diferente a la que se plasmó en la decisión que resolvió la controversia.

En ese orden, la Sala desestima el cargo formulado, dado que no se demostró que el laudo se hubiera adoptado en conciencia, por el contrario, quedó establecido que el Tribunal de Arbitramento sí razonó normativa y jurisprudencialmente el análisis del caso y la decisión final, frente al material probatorio.

De allí que la causal alegada no tenga vocación de prosperidad.

²⁴ “...La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

5.2. Causal 9ª: 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.

5.2.1. Consideraciones de la Sala

La causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 reunió en una sola las que anteriormente estaban contempladas por separado en los numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, esto es, haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Estas causales de anulación están encaminadas a garantizar el principio de congruencia, en virtud del cual la decisión debe estar en perfecta consonancia con las pretensiones y excepciones propuestas por las partes, de tal manera que se resuelva dentro de los precisos límites que le han sido impuestos tanto en la demanda como en su contestación, evitando fallos *extra petita*, es decir que conceden algo que no se pidió, por fuera de las pretensiones aducidas, o *ultra petita*, cuando conceden más de lo pedido o *mínima o citra petita*, que se presenta cuando en el fallo se concede menos de lo pedido o no se resuelve lo que debió serlo.

La causal invocada es expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual la sentencia y, en estos casos, el laudo arbitral deben resultar armónicos, consonantes y concordantes con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros²⁵.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

²⁵ Sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 37513.

“En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvencción y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente.

Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 ibídem).

En virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.”²⁶

En conclusión, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento, para que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión o extralimitación en la construcción del fallo de los asuntos susceptibles de resolver se incurra en la causal invocada.

5.2.2. El caso concreto

A juicio de la Sala, los apartes analizados y parcialmente transcritos del laudo arbitral son demostrativos

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, exp. 4046.

de que en él se resolvió la segunda pretensión de la reforma de la demanda, relativa a la interpretación de la cláusula séptima del contrato y el otrosí que la modificó y dicho pronunciamiento estuvo suficientemente motivado, como quedó visto.

Se observa entonces, que en realidad la inconformidad de la recurrente no proviene de la no resolución de un asunto sometido a la decisión del Tribunal de Arbitramento, como lo fue la mencionada pretensión, que fue puesta a su consideración por la convocante y resuelta en detalle por el árbitro, sino de la forma como ésta fue decidida y de los argumentos que se esgrimieron en el laudo como soporte para abstenerse de resolver. Argumentos que el recurrente no comparte, pues considera que debieron primar sus aseveraciones personales sobre la incongruencia de la decisión contenida en el laudo arbitral.

El árbitro actuó en congruencia con las pretensiones y, de conformidad con el material probatorio, para, en últimas, negar el incumplimiento contractual y abstenerse de pronunciarse sobre la interpretación, en la medida en que se trataba del parecer de una de las partes sobre el alcance de una estipulación contractual.

En la reforma de la demanda presentada por la Fundación Cardiovascular de Colombia se solicitó: i) declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios n.º 250 de 2006, por parte de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación, en cuanto requirió la presentación de los estados financieros con la finalidad de determinar los excedentes de la operación de la clínica de Santa Marta, desconociendo la modificación de la forma de pago contenida en el otrosí de 11 de julio de 2001; ii) declarar que la Fundación ha interpretado conforme a derecho la cláusula séptima del contrato, atendiendo la voluntad de las partes que decidieron modificar la remuneración que le correspondía a la Caja, cambiando la participación de los excedentes a una suma fija mensual; iii) ordenar a Caprecom adelantar el cruce de cartera y la compensación a que había lugar entre junio y diciembre de 2015, por la suma de \$836.883.871 y vi) condenar en costas.

Caprecom EICE en Liquidación, por su parte, en la reforma de la demanda de reconvencción solicitó i) declarar el incumplimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia, en cuanto desconoció la forma de pago prevista en la cláusula séptima del contrato y el otrosí que adicionó la participación de los excedentes con una suma fija; ii) declarar que la contratista debe dar cumplimiento a las estipulaciones contractuales hasta el vencimiento de la relación contractual y iii) condenar a la Fundación al pago del

50% de los excedentes sobre la operación de la clínica hasta la terminación del contrato, conforme la mencionada cláusula y su otrosí de 11 de julio de 2011, para lo cual deberá presentar los estados financieros y soportes requeridos por cada periodo fiscal, en los términos pactados.

Del contenido del laudo arbitral objeto de impugnación, la Sala observa que todas y cada una de las pretensiones de la demanda principal y de la reconvención fueron analizadas y resueltas por el Tribunal de Arbitramento, conforme el ordenamiento jurídico y el material probatorio que obra en el plenario.

En efecto, en cuanto a las pretensiones de la reforma de la demanda, en el numeral 3.1, el árbitro se pronunció sobre la pretensión de incumplimiento respecto de la presentación de los estados financieros, necesarios para liquidar los excedentes de participación a favor de Caprecom EICE, concluyendo que mediante el otrosí se modificó la cláusula quinta que lo exigía para, en su lugar, limitar los informes que debían ser entregados a la Caja de Previsión Social y eliminar la obligación de poner a disposición del supervisor los libros oficiales. Ello, sin perjuicio de las facultades de supervisión que le asiste a todas las entidades estatales.

En el numeral 3.2., el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de pronunciarse sobre la pretensión de interpretación, por tratarse del parecer de uno de los contratantes respecto del clausulado.

En el numeral 3.3., el árbitro se declaró incompetente para pronunciarse sobre la tercera pretensión relativa al cruce de cartera y la compensación de las acreencias, en razón de la supresión y liquidación de Caprecom.

Ahora, para resolver las pretensiones de la reforma a la demanda de reconvención, el Tribunal de Arbitramento abordó lo concerniente a la forma de pago prevista en la cláusula séptima del contrato inicial. Para ello, realizó algunas consideraciones referentes a los criterios de interpretación contractual, acudió a las pruebas que reposan en el expediente, al tiempo que confrontó las estipulaciones contractuales inicialmente acordadas con las contenidas en el otrosí. Así mismo, tuvo en cuenta prueba testimonial de personal de la Fundación Cardiovascular de Colombia y de funcionarios de Caprecom y documental contenida en las actas de juntas paritarias, en las que las partes adelantaron negociaciones y acercamientos respecto del pago de las sumas

adeudadas y la definición de la contraprestación de que daba cuenta el otrosí de 11 de julio de 2011.

Por último, el árbitro concluyó que *“la verdadera intención era cambiar el sistema de remuneración a uno fijo mensual, pues precisamente realizaron todos los trámites contables y financieros con el fin de dar por terminadas las sumas pendientes bajo la remuneración de excedentes de la operación”*. Así mismo, anotó que, en los términos del artículo 1622 del Código Civil, *“se evidenció que las partes ejecutaron el contrato en la forma como este árbitro entiende el otrosí. Caprecom en tres años no solicitó los excedentes ni ningún tipo de información contable con el propósito de determinarlos”*.

De ahí que el tribunal declarara que no existía incumplimiento contractual, pues en realidad las pruebas daban cuenta de que las partes eliminaron la remuneración variable y contingente que traía la cláusula 7.2 del contrato inicial, por lo que no era dable reconocer el 50% de los excedentes de participación a favor de la Caja de Previsión Social.

Ahora, la Sala observa que, tal y como lo puso de presente Caprecom EICE en Liquidación en la contestación del libelo y su demanda de reconvenición, el plazo del contrato vence el 27 de enero del año 2020, según el otrosí suscrito por las partes el 26 de enero de 2017, en el que, además, se mantuvo la forma de pago acordada en el otrosí de 11 de julio de 2011, esto es, por una suma fija mensual. Por tanto, la interpretación realizada por el árbitro no se alejó de la realidad. De ello da cuenta la cláusula tercera a cuyo tenor se lee:

A partir del 27 de enero de 2017 el valor mensual que el contratista pagará a Caprecom EICE EN LIQUIDACIÓN o al patrimonio autónomo que se constituya en cumplimiento del decreto 2192 de 2016 o a quien acredite la titularidad del derecho de dominio sobre la clínica José María Campo Serrano ubicada en la ciudad de Santa Marta, será la suma mensual de CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$160.000.000.00) IVA incluido. Este valor se incrementará cada año, el 27 de enero, en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Parágrafo. La determinación de este valor no implica conciliación, transacción, renuncia o desistimiento, novación o disposición alguna del derecho en litigio que actualmente se controvierte en el trámite arbitral que cursa ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En cuanto a la controversia que se ha generado en relación con la ejecución del contrato las partes someterán y se obligan a cumplir lo que se resuelva en el laudo del respectivo tribunal de arbitramento que cursa con árbitro único.

Finalmente, el Tribunal de Arbitramento puso de presente su falta de competencia para pronunciarse sobre la interpretación que hizo la Fundación Cardiovascular de Colombia respecto de la cláusula séptima del contrato y el otrosí de 11 de julio de 2011, por considerar que, en tratándose de una labor intelectual, se constituía en un hecho jurídicamente irrelevante, además de que la cláusula compromisoria, de la cual deviene su facultad para resolver, estaba limitada a las controversias relativas a la ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del contrato.

Sobre el punto, la Fundación, en el escrito de oposición al recurso extraordinario de anulación, sostuvo que el tribunal resolvió la controversia *“al reconocer que mediante el otrosí se modificó la forma de pago a una remuneración fija mensual”*. Puso de presente, por tanto, su conformidad con lo resuelto, en la medida en que se analizó de fondo las pretensiones de las demandas inicial y de reconvención, definiendo la litis, en el marco de la cláusula compromisoria. Además, compartió el hecho de abstenerse de resolver lo solicitado en la segunda pretensión de la demanda principal, relativa a la interpretación del valor y forma de pago, en la medida en que se trataba del entendimiento que una de las partes le otorgó a una estipulación contractual.

Por lo anterior, la Sala observa que en el análisis del incumplimiento contractual, conforme las pretensiones de las partes, el árbitro definió que la contraprestación de que daba cuenta la cláusula séptima del contrato, referida al pago del 50% de los excedentes por la operación de la clínica, fue modificada en el otrosí de 11 de julio de 2011, por una suma fija mensual. De ahí que los requerimientos realizados por Caprecom a la Fundación carecían de soporte, pues la presentación de los estados financieros estaba ligada a una forma de pago eliminada por las partes, sin que de ello se pueda predicar que la Caja de Previsión Social haya renunciado a su facultad legal de supervisión y control.

Dicho razonamiento estuvo soportado en las pruebas allegadas oportunamente durante el trámite arbitral, particularmente las testimoniales provenientes de personal de ambas partes que daban cuenta de los inconvenientes presentados con la liquidación de los excedentes de participación por la operación de la Clínica José María Campo Serrano y de la modificación de la contraprestación convenida inicialmente. Así mismo, atendiendo a la voluntad de los contratantes, plasmada en el contrato inicial y sus modificatorios, además de las actas de juntas paritarias, en las que se hizo constar los acercamientos y la intención de mutar la forma de pago.

Se advierte que, tal y como ya se explicó, el presente proceso no se surte en virtud de un recurso de apelación, en cuya resolución le es dado al juez de segunda instancia revisar de fondo la decisión del α -

quo para establecer si la misma fue acertada y por lo tanto debe ser confirmada, o si por el contrario resulta procedente su revocatoria por haber incurrido en errores *in iudicando*, sino que se trata de un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral, en el cual la función del juez es la de verificar que no se concretaron los defectos formales a los que hacen referencia las taxativas causales de anulación consagradas en la ley²⁷.

En este caso, el recurrente invocó la causal 9ª porque el árbitro omitió pronunciarse sobre aspectos sujetos a su decisión, defecto que, tal y como se acaba de analizar, independientemente de si la decisión fue o no jurídicamente correcta, no se presentó en los términos planteados en el recurso, razón por la cual este cargo no prospera.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, las causales de anulación no tienen vocación de prosperidad y, por tanto, el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por la parte convocada contra el laudo proferido el 14 de noviembre de 2017 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de prestación de servicios n.º 250 de 2006 y su otrosí de 11 de julio de 2011, se declarará infundado.

6. Costas y agencias en derecho

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación “se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”.

El numeral 1º del artículo 366 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por su parte, estableció que “el secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla”.

En el presente asunto, la Sala restringirá la condena por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente

²⁷ Sección Tercera, M.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 20 de marzo de 2018, exp. 60465.

providencia, de conformidad con los criterios y tarifas establecidas por el numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016²⁸, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por el apoderado de la convocada en el trámite del recurso de anulación, la cual se evidencia en el plenario.

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

FALLA

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, contra el laudo arbitral proferido el 14 de noviembre de 2017.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado, cuyo vocero y administrador es la Fiduciaria La Previsora S.A. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

TERCERO. En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

²⁸ *Las tarifas de agencias en derecho son:*
(...)

9. Recursos extraordinarios: Entre 1 y 20 S.M.M.L.V.

MARÍA ADRIANA MARÍN (E)

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)