

**ARBITRAJE EN DERECHO PRIVADO - Clases / ARBITRAJE EN CONTRATOS ESTATALES - Clases / ARBITRAMIENTO SEGUN SU PROCEDIMIENTO - Clases. Decreto 1818 de 1998 artículo 116 / CLASES DE ARBITRAMIENTO SEGUN SU PROCEDIMIENTO - Independiente. Institucional. Legal**

El arbitraje, en el régimen de derecho privado, puede ser en derecho, en equidad, o técnico, al paso que el arbitraje en los contratos estatales sólo puede ser en derecho o técnico, pero no en equidad. No obstante, ambos pueden ser, de conformidad con el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 -y en relación con su procedimiento-: i) independiente, ii) institucional o iii) legal. Al respecto, señala este precepto: (...) Son amplias las facultades que tienen los contratantes en el régimen privado para regular lo concerniente al arbitramento, pues, además de estipular la cláusula compromisoria en el contrato respectivo, pueden señalar, igualmente, las reglas de funcionamiento y el procedimiento aplicable al Tribunal de Arbitramento. Sin embargo, en materia de contratación estatal, se debe tener en cuenta que la libertad de las partes para estipular el compromiso arbitral y las condiciones de su procedimiento, está circunscrita a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 –que no aplicaba al contrato sub iudice- (...) a pesar de que se establece la posibilidad de que las mismas partes definan las normas de funcionamiento y el procedimiento del trámite arbitral –art. 116 Decreto 1818-, en materia de contratación Estatal esta facultad está limitada, como quiera que, según el artículo 70 de la Ley 80, “[L]a designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia”. En esa medida, la constitución del Tribunal de Arbitramento deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1.150 de 2007 y en el Decreto 1818 de 1998.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 116 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / LEY 1150 DE 2007

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Fogafyn y Bancolombia - ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998 / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal 5 / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO LEGAL - Acuerdo de las partes / CLAUSULA COMPROMISORIA - Modificaciones / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INSTITUCIONAL - Acuerdo de las partes / ENTIDADES ESTATALES - Tribunal de arbitramento legal. Ley 1285 de 2009 / TERMINO PARA DICTAR EL LAUDO - Se rige por las reglas del procedimiento legal**

La Sala encuentra que en el contrato inicial, el de 1994, las partes acordaron someter las diferencias que surgieran a un tribunal de arbitramento de carácter legal, es decir, a aquél en virtud del cual las reglas de procedimiento corresponden a las que establece la ley. (...) para hacer más operativa la cláusula compromisoria trascrita, las partes le introdujeron algunas modificaciones, y sobre el particular pactaron un tribunal de arbitramento de carácter institucional, en virtud del cual las reglas de procedimiento aplicable serían las de la Cámara de Comercio de Bogotá (...) el 10 de septiembre de 2008, FOGAFIN convocó al tribunal de arbitramento que dictó el laudo que es objeto del presente recurso de anulación; de allí que no hay duda en que para ese momento la cláusula compromisoria vigente incluía el Acuerdo del 2007, es decir, el que remitió al tribunal de arbitramento institucional. (...) el 22 de enero de 2009 entró a regir la Ley estatutaria No. 1.285, “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”. En particular, el artículo 6, num. 3, dispuso que las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales: (...) Al amparo de esta norma, ya no importa si las entidades estatales se rigen, en materia contractual, por el derecho privado –sumados los principios de la función administrativa y los

de la gestión fiscal (art. 13 de la ley 1150 de 2007)- o por la ley 80 de 1993, para concluir que ninguna de ellas puede, en adelante, pactar tribunales de arbitramento cuyo proceso sea institucional o independiente. Con la expedición de este precepto, por tanto, surgió la incertidumbre al interior del proceso -en la fase prearbitral- acerca de la naturaleza del tribunal constituido, pues es incuestionable que éste nació como un tribunal institucional, pero la nueva ley estatutaria proscribió esta clase de tribunales –además de los convencionales o independientes- cuando de él haga parte una entidad estatal. (...) el término para dictar el laudo se rigió por las reglas del procedimiento legal, y no por las del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, alterando así la manera de computar el tiempo máximo de duración del proceso, y todas las demás reglas procesales especiales de esta institución. (...) para la Sala no es aceptable el argumento del recurrente -que considera extemporáneo el laudo, porque se dictó pasados los 9 meses que tenía el tribunal para ello-, porque el defecto que advierte no pertenece a la causal 5 del decreto 1.818 de 1998, sino a la causal 2, que dispone que el laudo es nulo por “No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.”

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 13 / LEY 1285 DE 2009

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Fogafyn y Bancolombia - ANULACION LAUDO ARBITRAL - Tribunal de arbitramento legal. Término para dictar sentencia / TERMINO PARA DICTAR EL LAUDO - Normatividad**

Como el tribunal de arbitramento se convirtió en legal, es necesario hacer un análisis normativo del término con que contaba para dictar el laudo, partiendo del Decreto 2.279 de 1989, el cual se ocupó de regularlo (...) Esta norma fue modificada por el artículo 103 de la ley 23 de 1991 (...) el decreto 1.818 de 1998 compiló las normas referentes a los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre ellas el arbitramento, y reprodujo, en el art. 126, el texto del art. 19 del Decreto 2.279 de 1.989. Posteriormente, el Consejo de Estado, mediante sentencia de abril 18 de 1.999 –Sección Primera. Exp. 5.191-, anuló el mencionado artículo 126. (...) De esta manera, la norma vigente, en cuanto al término con que cuentan los tribunales de arbitramento de carácter legal, para decidir la controversia a ellos sometidas, es el art. 103 de la ley 23 de 1991, según el cual, a falta de plazo convencional, el término legal es de seis (6) meses y se puede prorrogar por otros seis (6), a solicitud de las partes o de sus apoderados expresamente facultados para el efecto. Además, al término indicado se adicionarán los días en que, por causas legales, se interrumpa o suspenda el proceso. No se puede perder de vista que, frente a esta regulación, la ley 80 de 1993, art. 70, inc. 4, contempla la posibilidad de ampliar de oficio el término de duración del tribunal de arbitramento, hasta por la mitad del inicialmente fijado o del legalmente establecido, siempre que fuere necesario para la expedición del laudo; esta es una diferencia con el procedimiento civil, pues, a términos de la ley 80, la ampliación no puede exceder de la mitad del que corresponda, mientras que, en la ley 23 de 1991, la prórroga no puede exceder de 6 meses, cualquiera sea el origen del plazo del tribunal –el convencional o el legal-. Existe, además, otra diferencia importante: en el procedimiento regido por el derecho procesal civil la prórroga debe ser solicitada por las partes del proceso, o por lo menos los apoderados expresamente facultados por ellas, mientras que, según la ley 80, puede ser decretada de oficio o a solicitud de las partes.

**FUENTE FORMAL:** LEY 23 DE 1991 - ARTICULO 103 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 19 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 126 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70.4 / LEY 1150 DE 2007

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Fogafyn y Bancolombia - ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998 / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal 5 / CAUSAL QUINTA - No prospera. El laudo se profirió en el tiempo legal**

Los tribunales de arbitramento tienen la obligación de observar las normas procesales, como quiera que tienen naturaleza imperativa, y les deben respecto y acatamiento, máxime cuando lo que se viene de discutir en las líneas que preceden era si el tribunal tuvo naturaleza legal o institucional, y se respondió que fue legal, de allí que deben cumplirse todas las disposiciones que integran este proceso, entre ellas las que regulan la forma de notificar las providencias, que hacen parte de la protección del derecho al debido proceso. De hecho, se entendería mal que las reglas procesales sean las legales, pero que a continuación esta Sala admita que en este asunto específico las partes o el tribunal puedan hacer lo que quieran, como si se tratara de un tribunal independiente. (...) se computará el plazo con que se contaba para dictar el laudo, así: el término inicial más la prórroga es de un año, es decir 365 días. Ahora, el tribunal celebró la primera audiencia de trámite el 17 de marzo de 2009 y dictó el laudo el 21 de octubre de 2010 -día en que quedó notificado porque se profirió en audiencia-. Esto significa que habían transcurrido un año 7 meses y 3 días, para un total de 579 días. De allí se deben descontar los siguientes días de suspensión: (...) si a 579 días se le restan 225, significa que el laudo se profirió en 354 días, es decir, en menos de un año, que era el plazo con el que contaba el tribunal para proferir el laudo. Por tanto, se profirió en el tiempo legal.

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Fogafyn y Bancolombia - ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998 / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal 6 / FALLO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto / FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Definición. Concepto**

El Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normativa sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un espectro diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, solo cuando la sentencia deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. (...) para que a un fallo se le considere en conciencia se exige que sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración al ordenamiento jurídico vigente.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 6 de Julio de 2005, exp. 28990 y sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191

**LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia. Causal de anulación del laudo arbitral**

El fallo en conciencia, es, en efecto, una de las causales por las que procede la anulación de un laudo arbitral. En este campo, a diferencia de los arbitramentos privados, que pueden ser en derecho, en equidad, o técnicos -art. 115 del decreto 1.818 de 1998-, los tribunales de arbitramento donde sean parte entidades estatales regidas por la ley 80 pueden ser: en derecho –art. 70, inciso 2 de la ley 80-, o técnicos –art. 74 de la ley 80-. Según estas normas, resulta obvio que si el arbitramento donde es parte el Estado es en derecho la decisión debe sujetarse a lo que dispone el ordenamiento jurídico, con todas las fuentes del derecho que él incorpora; pero si es técnico no debe hacerlo, precisamente por la connotación que tiene esta forma de solución de controversias, donde el conocimiento de un arte, ciencia o disciplina es la que determinará quién tiene la razón, en caso de disputa entre las partes del contrato. En este orden de ideas, las distintas causales de nulidad del laudo arbitral, contempladas en la ley 80 de 1993, sólo aplican cuando el laudo se dicta en derecho, no cuando la decisión es de carácter técnico; caso en el cual lo resuelto ni siquiera admite el recurso de anulación,

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70.2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 74

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la diferencia entre un fallo en derecho y uno en conciencia, consultar sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695. Reiterado en sentencia de 19 de junio de 2000, exp. 16724.

**ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causal 6 / CAUSA SEXTA - Presupuestos. Supuestos / CAUSAL SEXTA - Configuración / CAUSAL SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Desarrollo jurisprudencial / CAUSA SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Perspectiva jurisprudencial**

Al analizarse esta causal se destacan dos presupuestos esenciales: Primero, para que pueda hablarse de un fallo en conciencia se ha debido omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. (...) En sentencia del 6 de julio de 2005 se señaló que el fallo en conciencia excluye la reflexión jurídica, dejando en el fuero interno del árbitro no sólo la motivación de la decisión, sino, y sobre todo, el parámetro o marco de referencia dentro del cual se juzga la controversia.” (...) En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma “manifiesta”, es decir, que la inobservancia de la normativa debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión de la misma o de falta de referencia constante a los preceptos del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo. El segundo presupuesto legal que configura el fallo en derecho y no en conciencia, consiste en que las normas en que él se apoya deben estar vigentes. (...) El tercer supuesto planteado por la jurisprudencia alude a las pruebas del proceso. (...) No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con el desarrollo jurisprudencial y el análisis de la causal 6 de anulación, consultar sentencias de: 6 de julio de 2005, exp. 28990; 28 de noviembre de 2002, exp. 22526; 3 de abril de 1992, exp. 6695; 20 de

junio de 2002, exp. 20129; 9 de agosto de 2001, exp. 19273; septiembre 14 de 1995, exp. 10468; 18 de 2008, exp. 34543; agosto 23 de 2001, exp. 19090; febrero 13 de 2006, exp. 29704; abril 27 de 1999, exp. 15623; abril 16 de 2000, exp. 18411; marzo 24 de 2011, exp. 38484 y de 30 de marzo de 2011, exp. 39496.

**ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Monto de la condena. Cálculo / ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal sexta / CAUSAL SEXTA - Requisito cualificante**

En relación con la condena patrimonial, la Sala no considera que su monto se haya determinado caprichosamente o con desdén en la apreciación del peritazgo. De hecho, la base de la misma corresponde a un dato tomado del experticio –fl. 239, cdno. de pruebas No. 3- donde se indica -ante la solicitud de aclaración al peritazgo, formulada por Bancolombia- que: “El valor de los créditos y los intereses se encuentra detallado y respondido en la respuesta a la pregunta No. 7 del cuestionario de FOGAFIN. Como se registra en la tabla 12 y la tabla 13 de la respuesta, el saldo a 31 de julio de 2009 de los pasivos con Bancolombia son como se presenta a continuación: (...)”, e indica que en la Urbanización las Sierras del Chicó Ltda. fue de \$7.282'682.719,26 y en Chicó Oriental No. 2 Ltda. fue de \$3.819'161.949,17. Lo que hizo el tribunal, a continuación, fue sumar esos dos valores y actualizarlos a septiembre 30 de 2010 -fecha próxima a la del laudo- y aplicarles la tasa de interés del contrato, que equivalía al DTF más 7 puntos. A continuación tomó los porcentajes de participación que le correspondían a FOGAFIN en las dos sociedades -51% y 82%- y ordenó pagar una suma igual a estos, para un total de \$7.164'.634.568,35. De esta manera, entiende la Sala que el monto del capital fue tomado del peritazgo -lo que excluye, desde este punto de vista, el capricho o arbitrariedad de los jueces en su obtención-, y luego el tribunal lo actualizó –lo que es apenas lógico- y a continuación lo dividió, atendiendo al porcentaje de participación de FOGAFIN en la sociedad. La Sala considera que si acaso el recurrente no comparte con el tribunal la manera de calcular el perjuicio sufrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato, este no es un asunto que pueda debatirse a través de la causal denominada fallo en conciencia, porque claramente reflejaría que se trata de una inconformidad con la decisión, un desacuerdo con la manera como se obtuvo el monto del perjuicio padecido, aspectos que no cabe debatir a través de este recurso. En gracia de discusión, la causal sexta exige para su configuración un requisito cualificante: que sea manifiesta la decisión en conciencia, de lo que está lejos el laudo que se examina, porque la inconformidad del recurrente, de estudiarse más a fondo, conduciría a esta Sala a realizar un análisis probatorio propio de la segunda instancia de un proceso, no del estudio que se hace para desentrañar los vicios que se controlan a través del recurso de anulación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D.C., enero diez y ocho (18) de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00078-00(40082)**

**Actor: BANCOLOMBIA**

**Referencia: ANULACION LAUDO ARBITRAL**

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 21 de octubre de 2010, por el Tribunal del Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS –en adelante FOGAFIN- y BANCOLOMBIA –en adelante El Banco-, con ocasión del contrato de contingencias pasivas, suscrito el 18 de enero de 1994.

### **ANTECEDENTES**

**1. La cláusula compromisoria.** El 18 de enero de 1994, las partes celebraron el “contrato de contingencias pasivas”, en virtud del cual FOGAFIN se comprometió a cubrir a Bancolombia las sumas de dinero que eventualmente tuviera que pagar, derivadas de las contingencias de la venta de las acciones que la Nación tenía en el banco, y que podían resultar de algunos pasivos ocultos, costos judiciales y agencias en derecho –fl. 4, vto., cdno. de pruebas No. 1-.

En este contrato se incluyó la cláusula compromisoria –Cl. 17-, en virtud de la cual estipularon someter a la decisión de un tribunal de arbitramento cualquier diferencia surgida entre las partes, por razón o con ocasión del contrato, siempre que no fuera posible resolverla a través de la negociación directa.

**2. La demanda arbitral.** El 10 de septiembre de 2008, FOGAFIN solicitó la convocatoria a un tribunal de arbitramento, y presentó demanda contra BANCOLOMBIA, solicitando –entre otras cosas-: i) que se declare la existencia del contrato, y ii) que Bancolombia debe transferirle a FOGAFIN la propiedad, el interés o los derechos que tiene sobre las sociedades Urbanización las Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental Número Dos Ltda. -fls. 16 a 19, cdno. ppal. No. 1-,

**3. Contestación de la demanda.** El Banco respondió la demanda, oponiéndose a las pretensiones.

**4. *Laudo arbitral.*** El 21 de octubre de 2010, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo -fls. 96 a 172, cdno. ppal.-, y declaró que Bancolombia incumplió el contrato.

Para empezar, encontró demostrado que se celebró el negocio jurídico, y que conservaba vigencia y obligatoriedad. Del mismo modo, halló demostrado que la convocada no transfirió a FOGAFIN la participación social que tenía en las sociedades Urbanización Sierras del Chicó Ltda. y en Chicó Oriental No. 2 Ltda., pese a que la convocante se lo solicitó, en los términos acordados en el contrato. Además, concluyó -según el mismo contrato- que FOGAFIN tenía derecho a participar en el gobierno empresarial de ambas sociedades, lo que tampoco permitió la convocada, pretextando razones inadmisibles para abstenerse de cumplir la obligación contractual.

Como consecuencia de la declaración de incumplimiento, condenó a Bancolombia a transferirle o cederle a FOGAFIN las cuotas de interés social que tiene en la Urbanización Sierras del Chicó Ltda. -51,10% de las que actualmente posee- y en Chicó Oriental No. 2 Ltda. -82% de las que actualmente posee-. Agregó que en caso de no poderse cumplir esa orden, FOGAFIN le debe pagar el denominado por el contrato "Beneficio Neto". Añadió que mientras El Banco conserve la titularidad de las acciones, ejercerá su derecho sobre ellas atendiendo a las condiciones y términos que indique FOGAFIN. Finalmente, también condenó al Banco a pagar la suma de \$7.164'634.568.

Contra esta decisión El Banco solicitó su aclaración, corrección y complementación, pero el tribunal no accedió a lo pedido, aunque hizo una aclaración oficiosa a la decisión cuarta -fls. 190 a 194, cdno. Ppal.-.

**5. *Recurso de anulación.*** Mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2010, Bancolombia interpuso el recurso de anulación -fl. 197-, e invocó las causales 5, 6 y 8 del artículo 163 del decreto 1.818 de 1998. Finalmente, sólo sustentó dos:

**5.1. *Causal 5 del art. 163 del decreto 1.818 de 1998. "Haberse proferido el laudo después del vencimiento del plazo fijado para el proceso arbitral o su prórroga."***

Destacó que en la cláusula 17 del contrato original se pactó la modalidad de “arbitramento legal”, pero que mediante una modificación del 14 de diciembre de 2007 se sustituyó por un “arbitramento institucional”, regido por las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Entre las normas de procedimiento previstas por esta institución –señaló-, está previsto que el laudo se debe dictar en un plazo de 6 meses, prorrogable por 3 más, incluido en este término las suspensiones que se llegaren a decretar. Concluye que teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se realizó el 17 de marzo de 2009, y que el laudo se dictó el 21 de octubre de 2010, es evidente que se profirió vencido el plazo previsto por el reglamento de la Cámara de Comercio.

Además, considera que, en gracia de discusión, si acaso se estimara que la norma aplicable no era la de la Cámara de Comercio, sino el art. 103 del decreto 2.279 de 1989, aún así el laudo se habría expedido en forma extemporánea, porque “... debió proferirse el 3 de abril de 2009...” –fl. 280, cdno. Ppal.-.

*5.2. Causal 6 del art. 163 del decreto 1.818 de 1998: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...”*

El recurrente ubica este defecto del laudo en la decisión que condenó al Banco a pagar a FOGAFIN la suma de \$7.164'634.568,35, sin existir prueba que justificara ese monto, además de que la decisión misma está por fuera de las pretensiones de la demanda.

En particular, considera que este valor carece de respaldo en el dictamen pericial, y más bien el tribunal “... en forma caprichosa y arbitraria inventó un procedimiento para calcularlos” –fl. 285, cdno. ppal.-. En estos términos, le parece que la condena no se apoyó en las pruebas incorporados al proceso, y que por eso se configuró la causal de anulación.

## **6. Posición de la parte convocante.**

6.1. FOGAFIN hizo una advertencia procesal previa, relacionada con la oportunidad con que contaba BANCOLOMBIA para sustentar el recurso de anulación, y por ende de los alegatos que presentaría contra ello: sostiene que

antes de que quedara ejecutoriada la providencia que dio el traslado para esos efectos, ya se había interpuesto un recurso contra esa providencia, de manera que hasta tanto no quedara en firme no podía surtir efectos.

Por esta razón, el memorial de FOGAFIN, que contiene la sustentación del recurso –mayo 31 de 2.011-, se presentó antes de que empezara a correr el término para ello, y “... debe valorarse si... es o no oportuno...” –fl. 294, cdno. ppal.-.

6.2. En relación con la causal que ataca la decisión arbitral por extemporánea, consideró que desde la primera audiencia de trámite el Tribunal declaró que si bien se había pactado un arbitramento institucional, la ley 1.285 lo convirtió en legal, y por eso las reglas procesales aplicables serían las propias de esta modalidad.

Esa decisión, además, no la objetaron las partes, y por eso le sorprende la actitud de Bancolombia, al proponer esta causal de anulación –fl. 303, cdno. ppal.-. Añadió que la posición del tribunal, además, se ajusta a lo previsto en el art. 40 de la ley 153 de 1887, es decir, que la normas procesales son de aplicación inmediata.

De otro lado, y como respuesta al otro argumento del recurrente, según el cual, incluso si el arbitramento fuera legal el laudo también se habría dictado por fuera del término permitido, considera, así mismo, que carece de justificación, porque es incorrecto sostener que el levantamiento de la suspensión provisional nunca se reinició, so pretexto de que no se notificó, según las normas del CPC., sino mediante fax.

Esta postura del Banco, además, le parece insólita, porque desconoce que la parte recurrente siempre fue notificada de esta forma, es decir por fax -a lo largo del proceso-, y que tratándose del auto en cuestión –el que reanudó la suspensión que se había levantado días antes-, también fue notificado a las partes de esa manera. Incluso, está demostrado que BANCOLOMBIA realizó la conducta procesal que ordenaba el auto –pagar a los peritos su parte del trabajo-, y por eso también debe entenderse que se puso en conocimiento de manera adecuada.

Adicionalmente, reclama que BANCOLOMBIA tampoco hubiera propuesto - durante el proceso- la nulidad derivada de esta circunstancia, de manera que le

sorprende la actitud asumida en el recurso de anulación, porque desconoce sus propios actos procesales.

Finalmente, FOGAFIN hizo otros análisis lógico-jurídicos con los que pretende demostrar que si no se notificó la providencia que reanudó la suspensión del plazo, entonces tampoco se notificó el auto que decretó la medida –del 21 de agosto de 2009-. De igual manera, plantea otros razonamientos que conducen a la misma posición de defensa del laudo, porque definitivamente sí se notificó la decisión que reanudó la suspensión del plazo.

6.3. En cuanto al cargo de expedición del laudo basado en un juicio en conciencia, lo rechazó porque El Banco pretende revivir el período de discusión probatoria, que sólo puede darse al interior del proceso arbitral. De hecho, la inconformidad con la condena patrimonial lo único que demuestra es el desacuerdo del recurrente con la valoración probatoria del tribunal, quien sí se apoyó en las pruebas para proferir la condena.

## *7. Concepto del Ministerio Público*

7.1. Consideró que el tribunal funcionó en virtud de un arbitramento legal, no institucional, porque así se declaró en la primera audiencia de trámite, y las partes no controvirtieron esta decisión. En cumplimiento de ella, el término para decidir era de seis meses, prorrogables por otros seis –art. 103 de la ley 23 de 1.991-, sin contar allí las suspensiones del plazo que se decretaron.

Computado el plazo de esa manera, el Ministerio Público observa que el laudo se expidió oportunamente, además señala que el argumento del Banco, según el cual el auto de septiembre 14 de 2009 –que reanudó la suspensión del plazo, levantada transitoriamente- debió notificarse por estados y no por fax, es inaceptable, porque ninguna parte impugnó esa decisión –fls. 331 a 343, cdno. ppal.-.

7.2. Sobre la pretensión de que se declare que el laudo se dictó en conciencia, concluyó que carece de fundamento, porque el tribunal sí analizó los medios probatorios, ajustándose al ordenamiento jurídico, de modo que el recurrente sólo plantea una inconformidad con la decisión, especialmente la valoración probatoria que condujo a ella.

## CONSIDERACIONES

La posición del recurrente –El Banco- conduce a que se anule el laudo arbitral, porque se configuraron 2 causales de anulación del art. 163 del Decreto 1.818 de 1998: la extemporaneidad del laudo y haberse fallado en conciencia. No obstante, advierte la Sala que el recurso no prosperará, para lo cual se abordará el estudio de los siguientes temas: *i)* primero, la competencia del Consejo de Estado para conocer de él, *ii)* la causal 5 del art. 163 del Decreto 1.818 de 1.998: “Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.”, al interior de la cual se estudiará: a) las diferencias entre el tribunal de arbitramento institucional y legal, y el término para dictar el laudo, tratándose de aquél, b) el término para dictar el laudo, tratándose del tribunal de arbitramento legal: La suspensión del proceso, sus causas, y la notificación de las providencias que dictan los tribunales de arbitramento; y *iii)* la causal 6 del art. 163 del decreto 1.818 de 1998: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...”

### 1. Competencia

Según lo expresado hasta ahora, el laudo arbitral demandado dirimió las controversias surgidas entre el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS -FOGAFIN- y BANCOLOMBIA, con ocasión del contrato de contingencias pasivas, suscrito el 18 de enero de 1994.

En materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha dicho -lo cual se mantendrá-, *en primer lugar*, que la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los arts. 128.5 CCA.<sup>1</sup> y el artículo 72 de la ley 80 de 1993<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dispone el art. 128 del CCA. que “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causas y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de revisión.”

No obstante, en este punto es necesario aclarar que la ley 1.150 de 2007 modificó el art. 72 de la ley 80 de 1993, variando algunos aspectos. Sin embargo, la nueva disposición mantuvo la competencia para que esta Sección conociera del recurso. Señala en tal sentido la norma, vigente a la fecha de expedición de este fallo, que:

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la [Ley 80 de 1993](#), quedará así:

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

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

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

En conclusión, tanto en vigencia del art. 72 de la ley 80 de 1993, como con el art. 22 de la ley 1.150, esta Sección es competente para conocer de este recurso.

Además del anterior criterio, y *en segundo lugar*, no debe olvidarse que el contrato de contingencias pasivas, suscrito el 18 de enero de 1994, es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, porque fue celebrado por una entidad estatal –FOGAFIN-, lo que ratifica la aludida competencia para conocer del recurso.

En *tercer lugar*, esta conclusión se confirma con la ley 1.107 de 2006, en virtud de la cual esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo

---

<sup>2</sup> El art. 72 de la ley 80 fue reproducido por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

hecho de ser FOGAFIN una entidad estatal, y parte en el proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción<sup>3</sup>.

Además de esto recuérdese que FOGAFIN hizo una advertencia procesal previa, relacionada con la oportunidad con que contaba BANCOLOMBIA para sustentar el recurso de anulación, y por ende de los alegatos que presentaría contra ello: sostiene que antes de que quedara ejecutoriada la providencia que dio el traslado para eso efectos, ya se había interpuesto un recurso contra esa providencia, de manera que hasta tanto no quedara en firme no podía surtir efectos.

Para la Sala, esta circunstancia de ninguna manera significa que no se haya sustentado el recurso de anulación, sencillamente porque sí se presentó luego de proferirse la providencia que ordenó dar traslado para sustentarlo, sólo que antes de resolverse el recurso presentado contra ella. Si bien esta actitud no es la ortodoxa, el art. 228 de la CP. prohíbe llegar a conclusiones semejantes, como la que propone FOGAFIN, porque el derecho sustancial prevalece sobre el procesal,

---

<sup>3</sup> Dispone esta norma que "Art. 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

"Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Sobre el alcance de esta norma puede consultarse, entre otros, el análisis realizado por la Sección Tercera en el auto de febrero 8 de 2007 -Exp. 30.903. Actor: Aguas de la Montaña-.

sobre todo en aquellos aspectos donde ningún daño se produce a la parte contraria, ni al debido proceso como derecho. Esto es lo que aconteció con la manera como se sustentó el recurso en este proceso.

## **2. El caso concreto**

**2.1. Causal 5 del art. 163 del Decreto 1.818 de 1.998. “Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.”**

**2.1.1. Diferencias entre el tribunal de arbitramento institucional y legal, y el término para dictar el laudo, tratándose de aquél.**

Para el recurrente, esta causal se configura porque el Tribunal sólo disponía de nueve (9) meses para proferir el laudo –atendiendo a lo dispuesto en el reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá-, pero los árbitros consideraron que contaban con un año para hacerlo, con fundamento en el artículo 103 del decreto 2.279 de 1989. En otros términos, hay que determinar, previamente, si el tribunal de arbitramento pactado tenía la naturaleza de legal o de institucional, para cuya definición es necesario revisar la cláusula compromisoria del contrato.

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

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

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

“La materia arbitral es, en la generalidad de los casos –excepto cuando es forzosa por disposición de la ley-, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Por eso resulta lógico que también puedan pactar las normas por las que tramitará el proceso. Dichas normas tienen así, como principio general, el de la libre disponibilidad de las partes, a excepción de aquellos casos en que la voluntad individual deba ceder por razones de orden público.”<sup>4</sup>

Son amplias las facultades que tienen los contratantes en el régimen privado para regular lo concerniente al arbitramento, pues, además de estipular la cláusula compromisoria en el contrato respectivo, pueden señalar, igualmente, las reglas de funcionamiento y el procedimiento aplicable al Tribunal de Arbitramento. Sin embargo, en materia de contratación estatal, se debe tener en cuenta que la libertad de las partes para estipular el compromiso arbitral y las condiciones de su procedimiento, está circunscrita a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 –que no aplicaba al contrato *sub iudice*- el cual prescribe:

“Art. 70. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

“El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

“La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

“Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

“En los contratos con personas extranjeras, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias

---

<sup>4</sup> CAIVANO, Roque J.: Arbitraje, 2ª edición, editorial AD-HOC, Buenos Aires - Argentina, 2000, Pág. 209.

surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional.” (Negrilla fuera del texto)

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

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

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

“Para REGLERO CAMPOS la determinación de las formalidades y principios esenciales establecidos en la LA exige una labor casuística que conlleva también, un análisis detallado de aquellas partes de la Ley que disciplinan esta cuestión, como son, fundamentalmente, los Títulos III a VI. De este modo, -señala- ‘serían susceptibles de nulidad aquellos laudos en cuyo procedimiento, en su inicio, desarrollo o terminación, se hubieran transgredido normas imperativas de la Ley, *las establecidas por las partes en el marco de su derecho dispositivo*, las contenidas en los Reglamentos de las instituciones arbitrales permanentes cuando a alguna de ellas se hubiese encomendado el arbitraje, etc’.”<sup>5</sup>

Lo anterior es determinante para comprender el caso concreto, porque la causal alegada exige verificar los requisitos establecidos por las normas para la constitución del Tribunal, los cuales –se repite-, no son otros que los prescritos por la normativa vigente. Y la Sala encuentra que en el contrato inicial, el de 1994, las partes acordaron someter las diferencias que surgieran a un tribunal de

---

<sup>5</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: Los principios procesales en el arbitraje, J.M. Bosh editor, Barcelona-España, 2000, Pág. 176.

arbitramento de carácter legal, es decir, a aquél en virtud del cual las reglas de procedimiento corresponden a las que establece la ley. En efecto se estipuló:

**“Cláusula décima séptima.** Arbitramento: Cualquier diferencia que pueda presentarse entre las partes por causa o con ocasión de la interpretación o ejecución del presente contrato, que no pueda resolverse por arreglo directo entre estas y que legalmente pueda someterse a arbitramento, deberá ser dirimida por tres (3) árbitros nacionales colombianos, los cuales serán, designados de común acuerdo por las partes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que una de las partes solicite a la otra la integración del tribunal. Si las partes no se ponen de acuerdo dentro de ese plazo, los árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá conforme a las normas vigentes. Los árbitros fallarán en derecho, tendrán domicilio en Santa Fe de Bogotá y estarán sometidos a las leyes colombianas.” -fl. 18, cdno. de pruebas No. 1-

No obstante, el 14 de diciembre de 2007, advertidas ya las diferencias contractuales, y para hacer más operativa la cláusula compromisoria trascrita, las partes le introdujeron algunas modificaciones, y sobre el particular pactaron un tribunal de arbitramento de carácter institucional, en virtud del cual las reglas de procedimiento aplicable serían las de la Cámara de Comercio de Bogotá, fue así como se acordó:

“5. El tribunal funcionará de acuerdo con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y, en lo no previsto, se sujetará a las disposiciones Decreto (sic) 1818 de 1998 y demás normas concordantes. El fallo de los árbitros será en derecho, estarán sometidos a las leyes colombianas y su sede será la del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.” -fl. 370, cdno. de pruebas No. 1-

Luego, el 10 de septiembre de 2008, FOGAFIN convocó al tribunal de arbitramento que dictó el laudo que es objeto es objeto del presente recurso de anulación; de allí que no hay duda en que para ese momento la cláusula compromisoria vigente incluía el Acuerdo del 2007, es decir, el que remitió al tribunal de arbitramento institucional.

De esta manera, con fundamento en lo pactado se presentó la solicitud de convocatoria -con la demanda-, y se designaron de común acuerdo los árbitros; el tribunal se instaló, admitió la demanda, dio traslado de ella a Bancolombia, ésta la contestó, se celebró la audiencia de conciliación –pero fracasó-, y finalmente se fijaron los horarios, que las partes pagaron.

No obstante, avanzado hasta allí el trámite prearbitral, el 22 de enero de 2009 entró a regir la Ley estatutaria No. 1.285, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia". En particular, el artículo 6, num. 3, dispuso que las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales:

**"Art. 6.** Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

*"Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:*

*"1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos.*

*"2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y*

***"3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso."***  
(Negrillas fuera de texto)

Al amparo de esta norma, ya no importa si las entidades estatales se rigen, en materia contractual, por el derecho privado –sumados los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal (art. 13 de la ley 1150 de 2007)- o por la ley 80 de 1993, para concluir que ninguna de ellas puede, en adelante, pactar tribunales de arbitramento cuyo proceso sea institucional o independiente.

Con la expedición de este precepto, por tanto, surgió la incertidumbre al interior del proceso -en la fase prearbitral- acerca de la naturaleza del tribunal constituido, pues es incuestionable que éste nació como un tribunal institucional, pero la nueva ley estatutaria proscribió esta clase de tribunales –además de los convencionales o independientes- cuando de él haga parte una entidad estatal.

Las dudas planteadas por el recurrente, y la convocada en sus alegatos, ante este problema, fueron dos: i) ¿el tribunal institucional se convirtió en legal –porque la nueva ley proscribió aquél-?, o ii) ¿el tribunal institucional conserva la validez y eficacia frente a la nueva norma legal, porque se celebró y fue convocado en vigencia de una ley que lo autorizaba?

Es menester destacar que en la primera audiencia de trámite –llevada a cabo el 17 de marzo de 2009, que consta en el Acta No. 5 (fls. 218 a 228, cdno. ppal. No. 1)-, donde el tribunal de arbitramento se declaró competente, se debatió el problema jurídico planteado, declarando que funcionaría bajo las reglas del procedimiento legal, es decir, que se apartó, desde su instalación, de la norma de la Cámara de Comercio, y acogió la ley 1.285 de 2009 a partir de ese momento. En efecto, se acordó:

**“2. Pacto arbitral.**

(...)

“A términos de los documentos varias veces citados se trata, entonces, de un arbitraje institucional, sometido al reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Sin embargo de conformidad con la ley 1285 de 22 de enero de 2009 y tomando en consideración que la parte convocante es una entidad estatal en los términos de la ley 80 de 1993, **el Tribunal conducirá este arbitraje bajo el esquema procedimental de un arbitraje legal**, sin perjuicio de otras decisiones meramente administrativas de las partes, que se mantienen, como tener como sede el Centro de

Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tal y como lo quisieron las partes.” (Negrillas fuera de texto) (fl. 221, cdno. ppal. No. 1)

Con fundamento en este razonamiento, expuesto en la parte motiva de la providencia, el tribunal resolvió:

**“PRIMERO.** Declárase competente para conocer y decidir, **bajo las reglas de un arbitraje legal**, las controversias patrimoniales comprendidas en la demanda del FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS y en la contestación de BANCOLOMBIA SA.” (Negrillas fuera de texto) (fl. 223, cdno. ppal. No. 1)

El tribunal agregó una nota del siguiente tenor, que aparece suscrita por los apoderados de las partes, junto con los demás autos o decisiones adoptadas en esa misma audiencia:

“La anterior providencia quedó notificada en audiencia a los apoderados de las partes quienes manifestaron su conformidad con la misma.” (fl. 224, cdno. ppal. No. 1)

Por esta razón fue que el término para dictar el laudo se rigió por las reglas del procedimiento legal, y no por las del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, alterando así la manera de computar el tiempo máximo de duración del proceso, y todas las demás reglas procesales especiales de esta institución.

Ahora bien, aplicadas estas razones al caso concreto, para la Sala no es aceptable el argumento del recurrente -que considera extemporáneo el laudo, porque se dictó pasados los 9 meses que tenía el tribunal para ello-, porque el defecto que advierte no pertenece a la causal 5 del decreto 1.818 de 1998, sino a la causal 2, que dispone que el laudo es nulo por “No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.”

Sobre el alcance de esta causal, la Sección Tercera ha expresado:

“En estas condiciones, para la Sala la causal no puede prosperar, porque la ley estableció un momento procesal específico para hacer uso de esta facultad y debatir este tipo de problemas, lo que significa, desde

el punto de vista de la ley, que no cualquier etapa del proceso se puede aprovechar para ejercer ese derecho.

“Al analizar esta causal se advierte que la ley contempla la posibilidad de que la constitución irregular del tribunal de arbitramento se sanee, en caso de que no se alegue este vicio en la oportunidad procesal prevista, es decir en la primera audiencia de trámite. Esta conclusión se deduce de la configuración normativa que tiene dicha causal, pues si la ley contempla una única oportunidad para hacerlo, su ejercicio por fuera de ella resulta improcedente. (...)

“Esta decisión no contradice el deber constitucional que asiste al juez de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal –art. 228 CP-, pues el hecho de que el recurrente expresara su inconformidad frente a la constitución del tribunal de arbitramento, en un momento procesal inoportuno, no convalida su comportamiento omisivo en la primera audiencia de trámite para los efectos de la futura interposición del recurso de anulación. Es comprensible la preocupación de la parte demandada en un proceso arbitral, por ayudarse, tan pronto le es posible, de cuantos argumentos disponga, tendientes a lograr que el Tribunal no asuma la competencia -lo que razonablemente explica que haya alegado este hecho inmediatamente se notificó el auto admisorio de la demanda. Ello sin embargo, no reemplaza el cumplimiento de la condición que prevé la ley para que la causal de anulación pueda aceptarse.

“De manera que, siendo la primera audiencia de trámite el momento en el cual el Tribunal avoca o no la competencia, no resulta apenas una exigencia formal el cumplimiento del requisito que se echa de menos, pues, es en este instante donde se define un asunto de semejante envergadura para el proceso.

“En otras palabras, la alegación de estos hechos no puede hacerse ni antes ni después de la etapa especialmente señalada por el legislador, para que surta efectos en la estructuración de la causal de anulación, pues se impone como carga, al futuro recurrente, hacerlo de manera oportuna en la etapa procesal correspondiente.”<sup>6</sup>

No queda la menor duda de que este es el problema de que adolecería el laudo –eventualmente-, porque el defecto que advierte quien recurre no es de extemporaneidad, toda vez que si se repara con atención en el *iter* del proceso, éste se dictó dentro del término que el tribunal dispuso, pues en la primera audiencia de trámite declaró que el arbitramento se rituaría bajo la forma del procedimiento legal, no del institucional, decisión que, por cierto, no discutió FOGAFIN ni BANCOLOMBIA, es decir, que admitieron esa regla procesal, que establece un plazo para decidir parcialmente distinto al reglamento de la Cámara de Comercio –por lo menos en cuanto a la adición del término y a la manera de contabilizar las suspensiones-.

---

<sup>6</sup> Sección Tercera, Sentencia de mayo 24 de 2006. Exp. 34.024.

De este modo, llama la atención que BANCOLOMBIA, condecor desde que se celebró la primera audiencia de trámite que la norma procesal aplicable sería la legal –además de que aceptó la decisión–, alegue ahora que no se observaron las normas de la Cámara de Comercio, pues desde el principio se tomó esta decisión. ¿Qué plazo, etapas y términos procesales esperaba que se cumplieran sino eran las legales?

Claro está que el recurrente alega que el término debió ser el institucional, a lo cual la Sala objeta que en principio debió ser así, porque la cláusula que lo contempló fue esa. No obstante, aquí radica la diferencia de enfoque jurídico, porque en realidad lo que aconteció fue que se dejó de constituir el tribunal de arbitramento bajo el rito institucional –es decir, contra lo pactado–, pero no se objetó ese defecto, cuando la ley exige hacerlo, si se aspira a alegar esta circunstancia como causal de anulación del laudo.

En conclusión, si bien el tribunal pactado fue el institucional –no hay duda de eso–, se transformó en legal, por error del tribunal y de las partes –no por aplicación de la nueva ley–, cuyas razones no es del caso discutir ni controvertir aquí; y al consentirlo así quedó definido de esa manera, contra lo estipulado en la cláusula –lo que tampoco importa debatir en este proceso–, porque este defecto obligatoriamente se tuvo que alegar al amparo de la causal segunda de anulación, toda vez que el defecto –si acaso existe– es de constitución del tribunal, no de extemporaneidad del laudo.

Un caso parecido al *sub iudice*, por lo menos en algunos aspectos, lo resolvió la Sala en el mismo sentido al expresado ahora –sentencia del 17 de marzo de 2010. Rad. 36.838–:

“El argumento expuesto por la recurrente para aducir la causal invocada tiene que ver con el hecho de que al momento de constituirse el Tribunal en la sede de la Cámara de Comercio, aspecto que consideró de *“cardinal importancia”*, no se determinó si obedecía a un arbitramento institucional o legal; igualmente señaló, que al momento de su constitución y cita como fecha de ésta, el 22 de marzo de 2007, al acogerse el Tribunal a las reglas fijadas por la Cámara de Comercio, se entendió que era institucional.

“La Sala examinará los argumentos expuestos a fin de determinar si éstos dan lugar a configurar la causal de nulidad alegada.

“En la cláusula compromisoria pactada por las partes, cláusula décimo octava del contrato, éstas acordaron que el Tribunal que se constituyera debía sujetarse a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 o por las disposiciones que los reglamenten o modifiquen y a continuación fijó unas reglas, entre ellas que la *“organización interna del arbitramento, se regiría por las normas prevista por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”*

“La cláusula citada al señalar como premisa que el Tribunal deberá ceñirse a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario claramente está previendo que el arbitramento es de carácter legal, es decir, que el procedimiento a seguir sería aquel que se encontraba previsto en las citadas normas; cosa bien distinta es que las partes hayan acordado que para la *“organización interna”* y solo para ello, debía regirse por las normas de la Cámara de Comercio, lo cual no convierte al Tribunal en institucional.

“Entendida la organización interna<sup>7</sup> como un grupo o colectividad de personas que tienen intereses comunes, que se unen para buscar una solución a sus problemas, para aportar ideas y de esta manera obtener una mayor eficiencia en su desempeño, no podría admitirse que cuando en la cláusula compromisoria las partes pactaron que para *“La organización interna del arbitramento se regirá por las normas previstas, para el efecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.”*; estaban determinando que el Tribunal era institucional.

“De otra parte el recurrente incurre en imprecisiones, al manifestar que la constitución del Tribunal se cumplió el 22 de marzo de 2007, cuando la verdad es que en esta fecha se celebró la primera audiencia de trámite, es decir, cuando ya se encontraba constituido e instalado el Tribunal, como también, al pretender que se ubique como causal de nulidad del laudo una situación que no constituye irregularidad en la conformación del Tribunal, puesto que de

---

<sup>7</sup> Robert Miles define una organización como *“una coalición de grupos de interés, que comparten una base común de recursos, que rinden homenaje a una misión común y que dependen de un contexto mayor para su legitimidad y desarrollo.”*

*Una organización es una coalición en el sentido de que los grupos de interés creados por la división del trabajo son sustancialmente interdependientes. Estos grupos de interés y los resultados que derivan del trabajo están unidos por las circunstancias frecuentes de que cada grupo realiza sólo una "parte" del producto o de la misión de la organización, y por el hecho de que deben compartir una base común de recursos y negociar parte de esos recursos.*

*Decimos que estos grupos de interés "rinden homenaje" a una misión común, en el sentido de que deben adherirse a la misión o propósito de la organización, al menos públicamente, aunque frecuentemente formulen objetivos que no están de acuerdo con esa misión sino con sus intereses personales.”(Miles,PH., Macro Organizational Behavior, Glenview, Il l., Scott Foresman and Co., 1980, P. 51)*

Richard Hall define una organización como *“una colectividad con unos límites relativamente identificables, un orden normativo, rangos de autoridad, sistemas de comunicaciones v sistemas de pertenencia coordinados. Esta colectividad existe de manera relativamente continua en un medio y se embarca en actividades que están relacionadas, por lo general, con un conjunto de objetivos”.* (Hall,, R., Organizaciones: estructura y proceso. 3a. ed.,Englewood Cliffs, Nj, Prentice Hall Intl., 1983, pag.33.)

aceptarse que no se dijo cuál era la clase de arbitramento que se adoptaría, tal situación en manera alguna comporta una causal que comprometa la validez del laudo, menos aún cuando las partes en la cláusula compromisoria del contrato de obra civil No. 02310300, sí convinieron que el arbitramento se regiría por las normas de la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del mismo año, es decir, que el arbitramento sería legal.

**“A lo anterior se agrega que la parte recurrente no hizo observación alguna en la oportunidad debida, esto es, hasta el momento de adelantarse la primera audiencia de trámite en relación con la supuesta indebida integración del Tribunal, requisito de procedibilidad indispensable para acudir en recurso de anulación, en consecuencia, cualquier irregularidad que se hubiere presentado se entendería saneada o subsanada y por lo tanto, no sería susceptible de ser cuestionada en la oportunidad de formular el recurso de anulación.**

“Conclusión.

“Establecidas las situaciones fácticas, se impone precisar que el trámite adelantado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, estuvo ajustado a las prescripciones contenidas en los artículos 127 y siguientes del Decreto 1818 de 1998, y la designación de los árbitros se hizo de conformidad con lo acordado por las partes en la Cláusula Compromisoria, por tal razón, no habría fundamento jurídico alguno para cuestionar que la integración del Tribunal se hizo de manera irregular con el simple argumento de que las partes no señalaron en la cláusula compromisoria qué clase de Tribunal debía constituirse.”

En estos términos, para la Sala es claro que la definición de la forma procesal que adoptaría el tribunal de arbitramento hizo parte de su constitución, de modo que si éste declaró que el procedimiento sería el legal, y la parte convocada lo admitió al iniciar el trámite, carece de importancia a estas alturas del debate que lo pactado en la cláusula haya sido un tribunal institucional, porque no fue a espaldas suyas, sino con su aceptación, que se modificó este acuerdo contractual<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La Sala ya había expresado, en este mismo sentido, que “Este hecho exige analizar, previamente, si la causal invocada puede proceder, desde el punto de vista del procedimiento, teniendo en cuenta que la ley exige que se discuta, en la primera audiencia de trámite, todo lo relacionado con la posible constitución irregular del tribunal. El recurrente lo hizo recurriendo la admisión de la demanda pero guardó silencio en la primera audiencia de trámite.

“En estas condiciones, para la Sala la causal no puede prosperar, porque la ley estableció un momento procesal específico para hacer uso de esta facultad y debatir este tipo de problemas, lo que significa, desde el punto de vista de la ley, que no cualquier etapa del proceso se puede aprovechar para ejercer ese derecho.

“Al analizar esta causal se advierte que la ley contempla la posibilidad de que la constitución irregular del tribunal de arbitramento se sanee, en caso de que no se alegue este vicio en la oportunidad procesal prevista, es decir en la primera audiencia de trámite. Esta conclusión se

Esta posición, desde luego, no justifica que los tribunales de arbitramento puedan alterar las condiciones pactadas en las cláusulas compromisorias o en los compromisos. Simplemente se trata de hacer ver que, en el caso concreto, lo pactado no fue observado al momento de constituirse el tribunal, y que esos vicios quedan saneados en virtud de la misma ley, que establece que si no se alega el defecto, en ese instante -en la primera audiencia de trámite-, no podrá discutirse con posterioridad. En palabras de la Sección tercera “Quiere decir que para la procedibilidad de la causal es requisito *sine qua non* que el recurrente haya alegado expresamente dicha situación, durante el desarrollo de la primera audiencia de trámite y, por lo tanto, para que el juez de anulación analice la causal alegada por el recurrente resulta imprescindible verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en cumplimiento del mandato contenido en el numeral

---

deduce de la configuración normativa que tiene dicha causal, pues si la ley contempla una única oportunidad para hacerlo, su ejercicio por fuera de ella resulta improcedente.

“Esta es la situación que se presenta en el caso objeto de estudio, pues el actor manifestó su inconformidad en una etapa anterior a la prevista por la ley, mediante un recurso de reposición que le fue negado. Sin embargo, en la primera audiencia de trámite guardó silencio, como si hubiera aceptado las razones expuestas por el Tribunal para negar su recurso; no obstante, insistió en su crítica al momento de presentar el recurso de anulación. Considera la Sala que la extemporaneidad de esta discusión no permite entrar a estudiar el fondo del asunto.

“Esta decisión no contradice el deber constitucional que asiste al juez de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal -art. 228 CP-, pues el hecho de que el recurrente expresara su inconformidad frente a la constitución del tribunal de arbitramento, en un momento procesal inoportuno, no convalida su comportamiento omisivo en la primera audiencia de trámite para los efectos de la futura interposición del recurso de anulación. Es comprensible la preocupación de la parte demandada en un proceso arbitral, por ayudarse, tan pronto le es posible, de cuantos argumentos disponga, tendientes a lograr que el Tribunal no asuma la competencia -lo que razonablemente explica que haya alegado este hecho inmediatamente se notificó el auto admisorio de la demanda. Ello sin embargo, no reemplaza el cumplimiento de la condición que prevé la ley para que la causal de anulación pueda aceptarse.

“De manera que, siendo la primera audiencia de trámite el momento en el cual el Tribunal avoca o no la competencia, no resulta apenas una exigencia formal el cumplimiento del requisito que se echa de menos, pues, es en este instante donde se define un asunto de semejante envergadura para el proceso.

“En otras palabras, la alegación de estos hechos no puede hacerse ni antes ni después de la etapa especialmente señalada por el legislador, para que surta efectos en la estructuración de la causal de anulación, pues se impone como carga, al futuro recurrente, hacerlo de manera oportuna en la etapa procesal correspondiente.

“Y ello es así, porque es en la audiencia de trámite, la primera en donde la contraparte que se conforma con la competencia del tribunal, puede discutir las razones que exponga su oponente para lo contrario. Por ello, independientemente de que la parte interesada formule el recurso de reposición contra el auto que admite la demanda, deberá -con miras a un futuro recurso de anulación- proponer su desacuerdo en la primera audiencia de trámite.

“Por estas razones no se estudiará el fondo de la causal, ni se accederá por este aspecto a la solicitud de anulación del laudo.” (Sección Tercera, sentencia de mayo 24 de 2006, exp. 31.024)

2º del artículo 163 del decreto 1818. En todo caso, si la parte interesada no alega la causal en la oportunidad prevista por la ley, la indebida integración del Tribunal se entiende subsanada.” –sentencia del 17 de marzo de 2010. Rad. 36.838-

**2.1.2. El término para dictar el laudo, tratándose del tribunal de arbitramento legal: La suspensión del proceso, sus causas, y la notificación de las providencias que dictan los tribunales de arbitramento.**

El recurrente manifestó que si no prosperaba el argumento que acaba de desestimar la Sala, porque se consideraba que el tribunal de arbitramento contaba con el plazo legal para dictar el laudo, en todo caso también se habría proferido pasado el término establecido en la ley. La Sala, entonces, estudiará este argumento.

Como el tribunal de arbitramento se convirtió en legal, es necesario hacer un análisis normativo del término con que contaba para dictar el laudo, partiendo del Decreto 2.279 de 1989, el cual se ocupó de regularlo, y dispuso al respecto que:

“Art. 19. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalara el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

“El término podrá prorrogarse hasta por seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. A este término se adicionará los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

Esta norma fue modificada por el artículo 103 de la ley 23 de 1991:

“Art. 103. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.”

“El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

“En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

Luego, el decreto 1.818 de 1998 compiló las normas referentes a los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre ellas el arbitramento, y reprodujo, en el art. 126, el texto del art. 19 del Decreto 2.279 de 1.989. Posteriormente, el

Consejo de Estado, mediante sentencia de abril 18 de 1.999 –Sección Primera. Exp. 5.191-, anuló el mencionado artículo 126. Señaló que:

“Finalmente, resta a la Sala pronunciarse sobre el cargo de violación de los artículos 166 de la ley 446 de 1998 y 103 de la ley 23 de 1991, por parte del artículo 126 del decreto 1818 de 1998, por cuanto este último compiló el artículo 19 del decreto extraordinario 2279 de 1989, sin la modificación introducida por el artículo 103 de la ley 23 de 1991.

“Sobre el particular, considera la Sala que le asiste también razón al actor, dado que al prescribir el artículo 166 de la ley 446 de 1998 que el Gobierno Nacional queda facultado para compilar las normas vigentes contenidas, entre otras, en la ley 23 de 1991, sin cambiar su redacción, ni contenido, es evidente que el Gobierno Nacional debió reproducir el texto del artículo 103 de la ley 23 de 1991, que modificó el artículo 19 del decreto extraordinario 2279 de 1989, y no reproducir el texto original de este último artículo citado, pues, al hacerlo, contrarió lo dispuesto en los artículos 166 de la ley 446 de 1998 y 103 de la ley 23 de 1991.

“Sin más consideraciones, y para evitar que se “generen innecesarias inseguridades jurídicas”, al decir de la Corte Constitucional, la Sala declarará la nulidad de las normas acusadas, contenidas en el decreto 1818 de 1998, sólo en cuanto compilaron normas que no podían serlo, por no encontrarse vigentes, pues no se presta a discusión alguna que no estando vigentes no podían ser revividas por el Gobierno Nacional, independientemente de su contenido material.”

De esta manera, la norma vigente, en cuanto al término con que cuentan los tribunales de arbitramento de carácter legal, para decidir la controversia a ellos sometidas, es el art. 103 de la ley 23 de 1991, según el cual, a falta de plazo convencional, el término legal es de seis (6) meses y se puede prorrogar por otros seis (6), a solicitud de las partes o de sus apoderados expresamente facultados para el efecto. Además, al término indicado se adicionarán los días en que, por causas legales, se interrumpa o suspenda el proceso.

No se puede perder de vista que, frente a esta regulación, la ley 80 de 1993, art. 70, inc. 4, contempla la posibilidad de ampliar de oficio el término de duración del tribunal de arbitramento, hasta por la mitad del inicialmente fijado o del legalmente establecido, siempre que fuere necesario para la expedición del laudo; esta es una diferencia con el procedimiento civil, pues, a términos de la ley 80, la ampliación no

puede exceder de la mitad del que corresponda<sup>9</sup>, mientras que, en la ley 23 de 1991, la prórroga no puede exceder de 6 meses, cualquiera sea el origen del plazo del tribunal –el convencional o el legal-.

Existe, además, otra diferencia importante: en el procedimiento regido por el derecho procesal civil la prórroga debe ser solicitada por las partes del proceso, o por lo menos los apoderados expresamente facultados por ellas, mientras que, según la ley 80, puede ser decretada de oficio o a solicitud de las partes.

Aplicado el anterior análisis al caso concreto, observa la Sala que el 17 de marzo de 2009 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite –fls. 218 a 224, Cdo. ppal. 1-. A partir de esta fecha empezó a correr el término de seis (6) meses con que contaba el tribunal para proferir el laudo.

Mediante providencia del 13 de mayo de 2009 –contenida en el Acta No. 9-, el tribunal acogió la solicitud de las partes de suspender el trámite arbitral, desde el 14 de mayo hasta el 12 de octubre de 2009, ambas fechas inclusive -fls. 268 a 271, cdno. ppal. 1-.

Posteriormente, el 21 de agosto de 2009, el tribunal expidió un Auto –contenido en el Acta No. 10-, en virtud del cual levantó oficiosamente la suspensión, para atender una solicitud de los peritos -fls. 272 a 273, cdno. ppal. 1-. El 14 de septiembre siguiente se dictó el auto que ordenó reanudar la suspensión, es decir, volver a ese estado del proceso, pero señaló que una vez quedará en firme la providencia, lo que acontecería tres días después, esto es, el 17 de septiembre - Acta No. 11, fls. 283 a 284, cdno. ppal. 1-.

El 12 de octubre de 2009, se reanudó el plazo del proceso, pero el 30 de octubre siguiente las partes solicitaron de nuevo la suspensión, a partir del 31 de octubre y hasta el 30 de noviembre, ambas fechas inclusive -Acta No. 12, fls. 305 a 306, cdno. ppal. 1-.

---

<sup>9</sup> Sin embargo, nada obsta para que el plazo del arbitramento se amplíe por un término superior, cuando sean las partes quienes lo acuerden, en vista de que la ley 80 no establece un límite para un supuesto como éste.

El primero de diciembre se reanudó el plazo, pero el 17 de diciembre de 2009 las partes solicitaron una vez más la suspensión, a partir del 18 de diciembre y hasta el 31 de enero, ambas fechas inclusive -Acta No. 13, fls. 319 a 321, cdno. ppal. 1-.

El primero de febrero se reanudó el plazo, pero el 18 de marzo de 2010, las partes solicitaron nuevamente la suspensión, a partir del 19 de marzo y hasta el 19 de abril de 2010, ambas fechas inclusive -Acta No. 13, fls. 319 a 321, cdno. ppal. 1-.

El 20 de abril se reanudó el plazo, y ese mismo día las partes solicitaron su prórroga, por seis (6) meses más, contados desde el vencimiento de los seis (6) meses iniciales -fl. 405, cdno. ppal. 1-.

El laudo, finalmente, se dictó el 21 de octubre de 2010.

El recurrente considera que el auto que ordenó reanudar la suspensión del proceso -del 14 de septiembre de 2009- es ilegal i) porque el tribunal no podía hacerlo de oficio, de conformidad con el art. 140.5 del CPC., y ii) porque se notificó por fax y no por estados, como lo ordena la norma procesal. Esto significa que el término para dictar el laudo contó interrumpidamente, porque la notificación fue ineficaz -fl. 275 a 278, cdno. ppal.-.

Por su parte, FOGAFIN defiende la validez de la notificación por vía fax, toda vez que fue la utilizada por el tribunal de arbitramento para poner en conocimiento de las partes todas las actuaciones procesales, y porque la recurrente siempre la aceptó; además que, en el caso específico del auto que ordenó reanudar la suspensión del proceso, es decir, que levantó la reanudación, su notificación se realizó por conducta concluyente, porque BANCOLOMBIA cumplió lo ordenado en dichas providencias.

La Sala encuentra que, en verdad, el tribunal de arbitramento obró irregularmente cuando levantó la suspensión del proceso, porque es claro que el Código de Procedimiento Civil -norma aplicable por analogía al proceso arbitral, porque el Decreto 1.818 de 1.998 no regula este tema- no autoriza al juez a actuar de esta manera, cuando la suspensión fue decretada por solicitud de las partes. De hecho, el art. 172 de dicho estatuto sólo contempla la reanudación, en este supuesto, "Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes, se reanudará de oficio el proceso", de modo que no procede de forma oficiosa.

Pero la irregularidad procesal no se agota allí. El tribunal, luego, suspendió nuevamente el proceso, lo cual adolece del mismo vicio indicado, porque ésta sólo procede en los supuestos del art. 170 del CPC.<sup>10</sup>, y es claro que las partes no

---

<sup>10</sup> “Art. 170. SUSPENSION DEL PROCESO. El juez decretará la suspensión del proceso:

“1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.

“2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

“No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá por que exista un proceso ordinario\* iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

**“3. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.**

“Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás.

“También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este Código, sin necesidad de decreto del juez.

“Los procesos ejecutivos en contra de una persona secuestrada originados por la mora causada por el cautiverio, y los que se encuentren en curso al momento de entrar en vigencia la presente ley, se suspenderán de inmediato, quedando legalmente facultado el curador de bienes del secuestrado para pedir la suspensión al juez competente, para lo cual le bastará demostrar el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 3 de esta ley, y acreditar su calidad de curador y acreditar su calidad de curador, ya sea provisional o definitivo, con la copia auténtica de la providencia judicial que lo designa. Esta suspensión tendrá efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrá durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor recupere su libertad. El juez que actúe en contravención de lo aquí estipulado, incurrirá en causal de mala conducta.” (Negrillas fuera de texto)

solicitaron esa nueva medida. Claro!, el tribunal creyó que consultaba la voluntad de las partes, pues había “interrumpido la suspensión”, luego estaba retornando al estado original: la suspensión. Lo que olvida, o desconoció, es que ninguna de estas dos decisiones tiene apoyo normativo en el código procesal, y tampoco en el proceso arbitral.

Pese a lo acontecido, este vicio, que genera una nulidad procesal –art. 140.5 CPC.<sup>11</sup>-, quedó saneado, en términos del inciso sexto del art. 143 del CPC., porque “Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5 a 9 del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla”, y está demostrado que ambas partes intervinieron con posterioridad a su configuración. Incluso, el vicio también quedó saneado en virtud de lo que dispone el art. 144.1 del mismo código: “1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente.”

En estos términos, y en medio de la irregularidad inicial, el levantamiento de la suspensión y la reanudación posterior produjeron consecuencias, y así se debe mantener para todos los efectos jurídicos.

En particular, resta por determinar cuántos son los días de suspensión que se pueden contabilizar entre el 14 de mayo y el 12 de octubre –ambas fechas inclusive-, teniendo en cuenta el levantamiento parcial que finalmente se hizo de esa medida.

El 21 de agosto de 2009, el tribunal levantó oficiosamente la suspensión, para atender una solicitud de los peritos -fls. 272 a 273, cdno. ppal. 1-. Esta providencia, como bien lo hace notar el recurrente, no se notificó por estados –

---

<sup>11</sup> “Art. 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

“5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.”

como lo ordena el CPC<sup>12</sup>, a falta de norma especial en el Decreto 1.818 de 1.998- sino por fax –de fecha 1 de septiembre de 2009 (fls. 274 a 276, cdno. ppal. No. 1-, medio que no tiene aceptación en la normativa procesal vigente y aplicable al proceso, de manera que se considera ineficaz para este propósito.

La parte convocante discute, en cambio, que este fue el medio usado a lo largo del proceso, y que por eso debe ser estimado como válido. La Sala no comparte esta apreciación, porque los tribunales de arbitramento tienen la obligación de observar las normas procesales, como quiera que tienen naturaleza imperativa, y les deben respecto y acatamiento, máxime cuando lo que se viene de discutir en las líneas que preceden era si el tribunal tuvo naturaleza legal o institucional, y se respondió que fue legal, de allí que deben cumplirse todas las disposiciones que integran este proceso, entre ellas las que regulan la forma de notificar las providencias, que hacen parte de la protección del derecho al debido proceso.

---

<sup>12</sup> “Art. 321. NOTIFICACIONES POR ESTADO. La notificación de los autos que no deba hacerse personalmente, se cumplirá por medio de anotación en estados que elaborara el secretario. La inserción en el estado se hará pasado un día de la fecha del auto, y en ella ha de constar:

1. La determinación de cada proceso por su clase.
2. La indicación de los nombres del demandante y el demandado, o de las personas interesadas en el proceso o diligencia. Si varias personas integran una parte, bastará la designación de la primera de ellas añadiendo la expresión: y otros.
3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla.
4. La fecha del estado y la firma del secretario.

“El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría y permanecerá allí durante las horas de trabajo del respectivo día.

“De las notificaciones hechas por estado el secretario dejará testimonio con su firma al pie de la providencia notificada.

“De los estados se dejará un duplicado autorizado por el secretario; ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas para su conservación en el archivo, y uno de ellos podrá ser examinado por las partes o sus apoderados bajo la vigilancia de aquél.”

De hecho, se entendería mal que las reglas procesales sean las legales, pero que a continuación esta Sala admita que en este asunto específico las partes o el tribunal puedan hacer lo que quieran, como si se tratara de un tribunal independiente.

El problema, ahora está en establecer cuándo quedó notificada la anterior decisión, teniendo en cuenta que el fax no es un medio admisible -en las condiciones de tiempo y lugar en que se adelantó este proceso-, pues la Sala encuentra que la providencia que levantó la suspensión quedó notificada, por conducta concluyente, el 7 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta que ese día el apoderado de Bancolombia manifestó su criterio acerca de lo que le pedía el tribunal de arbitramento en la providencia mencionada<sup>13</sup>. A partir de allí la Sala entenderá suspendida la actuación.

Luego de esto, el 14 de septiembre siguiente, el tribunal dictó el auto que ordenó reanudar la suspensión, es decir, volver a ese estado, pero una vez quedara en firme la providencia, y hasta el 12 de octubre de 2009 –término original- (Acta No. 11, fls. 283 a 284, cdno. ppal. 1). Esta decisión también se intentó notificar por vía fax –fls. 286 a 289-, pero por las razones que se vienen de exponer será tenida como ineficaz.

---

<sup>13</sup> “Art. 330. NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia.

“Cuando una parte retire el expediente de la secretaría en los casos autorizados por la ley, se entenderá notificada desde el vencimiento del término para su devolución, de todas las providencias que aparezcan en aquel y que por cualquier motivo no le hayan sido notificadas.

“Cuando el escrito en que se otorgue poder a un abogado se presente en el juzgado de conocimiento se entenderá surtida la notificación por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado, inclusive el auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el día en que se notifique el auto que reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad.

“Cuando se decrete la nulidad por indebida notificación de una providencia, ésta se entenderá surtida por conducta concluyente al día siguiente de la ejecutoria del auto que la decretó o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.” (Negritas fuera de texto)

Ahora bien, para tratar de determinar si las partes también se notificaron por conducta concluyente de esta otra decisión, o por otro medio –como se hizo frente a la providencia anterior- la Sala no halló escrito, participación en audiencia o diligencia posterior que permita inferirlo, de allí que concluye que al no conocerse esta decisión la suspensión no volvió a operar, es decir que desde el 7 de septiembre hasta el 12 de octubre no se produjo la suspensión del plazo, de manera que los términos del proceso contaron normalmente.

Por esta razón, se computará el plazo con que se contaba para dictar el laudo, así: el término inicial más la prórroga es de un año, es decir 365 días. Ahora, el tribunal celebró la primera audiencia de trámite el 17 de marzo de 2009 y dictó el laudo el 21 de octubre de 2010 -día en que quedó notificado porque se profirió en audiencia-. Esto significa que habían transcurrido un año 7 meses y 3 días, para un total de 579 días. De allí se deben descontar los siguientes días de suspensión:

- Del 14 de mayo de 2009 al 7 de septiembre de 2009 = 117 días de suspensión.
- Del 31 de octubre de 2009 al 30 de noviembre de 2009 = 31 días de suspensión.
- Del 18 de diciembre de 2009 al 31 de enero de 2010 = 45 días de suspensión.
- Del 19 de marzo de 2010 al 19 de abril de 2010 = 32 días de suspensión.

**Total = 225 días de  
suspensión**

En estos términos, si a 579 días se le restan 225, significa que el laudo se profirió en 354 días, es decir, en menos de un año, que era el plazo con el que contaba el tribunal para proferir el laudo. Por tanto, se profirió en el tiempo legal.

De otro lado, considera el recurrente que para la fecha en que se decretó la prórroga del plazo -20 de abril de 2010- ya había vencido el término inicial de 6 meses que estaba corriendo, de manera que por esta otra razón también se habría excedido el tribunal respecto del plazo legal. La Sala, sin embargo, no comparte este criterio, por las siguientes razones:

Del 17 de marzo de 2009 al 20 de abril de 2010 trascurrieron 399 días, de los cuales se deben descontar las siguientes suspensiones, porque ocurrieron dentro de ese lapso:

- Del 14 de mayo de 2009 al 7 de septiembre de 2009 = 117 días de suspensión.
- Del 31 de octubre de 2009 al 30 de noviembre de 2009 = 31 días de suspensión.
- Del 18 de diciembre de 2009 al 31 de enero de 2010 = 45 días de suspensión.
- Del 19 de marzo de 2010 al 19 de abril de 2010 = 32 días de suspensión.

**Total = 225 días de  
suspensión**

En estos términos, si a 399 días se le restan 225, significa que la prórroga se decretó el día 174 del plazo transcurrido hasta ese momento, de allí que se hizo en tiempo, esto es, antes de que vencieran los seis meses legales.

Por las razones expuestas, la causal quinta del art. 163 del decreto 1.818 de 1.998 no prosperará.

**2.2. Causal 6 del art. 163 del decreto 1.818 de 1998: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...”**

El recurrente ubica este defecto del laudo en la decisión que condenó al Banco a pagar a FOGAFIN la suma de \$7.164'634.568,35, sin existir prueba que justificara ese monto, además de que ello está por fuera de las pretensiones de la demanda.

En particular, considera que este valor carece de respaldo en el dictamen pericial, y más bien el tribunal “... en forma caprichosa y arbitraria inventó un procedimiento para calcularlos” –fl. 285, cdno. ppal.-. En estos términos, estima que la condena no se basamentó en las pruebas incorporados al proceso, y que por eso se configuró la causal de anulación.

Para entender mejor el planteamiento, respeto de esta causal, el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe

observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normativa sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley<sup>14</sup>.

En cambio, cuando el juez falla en conciencia, se mueve en un espectro diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, si actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, solo cuando la sentencia deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. En esta línea de pensamiento, en el año 2.000 el Consejo de Estado indicó que:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure -deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho –art. 70, inciso 2<sup>15</sup>, ley 80-, o técnicos –art. 74, ley 80<sup>16</sup>-.

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

---

<sup>14</sup> Sentencia de 6 de Julio de 2005. Exp. 28.990.

<sup>15</sup> Señala esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

<sup>16</sup> Dice el precepto que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in iudicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.’”<sup>17</sup>

En este orden de ideas, para que a un fallo se le considere en conciencia se exige que sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración al ordenamiento jurídico vigente.

El fallo en conciencia, es, en efecto, una de las causales por las que procede la anulación de un laudo arbitral. En este campo, a diferencia de los arbitramentos privados, que pueden ser en derecho, en equidad, o técnicos -art. 115 del decreto 1.818 de 1998-, los tribunales de arbitramento donde sean parte entidades estatales regidas por la ley 80 pueden ser: en derecho –art. 70, inciso 2 de la ley 80<sup>18</sup>-, o técnicos –art. 74 de la ley 80<sup>19</sup>-.

Según estas normas, resulta obvio que si el arbitramento donde es parte el Estado es en derecho la decisión debe sujetarse a lo que dispone el ordenamiento jurídico, con todas las fuentes del derecho que él incorpora; pero si es técnico no debe hacerlo, precisamente por la connotación que tiene esta forma de solución de

---

<sup>17</sup> Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191

<sup>18</sup> Dice esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

<sup>19</sup> Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

En Sentencia de 6 de julio de 2005 -Exp. 28.990- se abordó el asunto, partiendo de que en nuestro ordenamiento jurídico no se permite, de ninguna manera, un fallo en conciencia.

controversias, donde el conocimiento de un arte, ciencia o disciplina es la que determinará quién tiene la razón, en caso de disputa entre las partes del contrato.

En este orden de ideas, las distintas causales de nulidad del laudo arbitral, contempladas en la ley 80 de 1993, sólo aplican cuando el laudo se dicta en derecho, no cuando la decisión es de carácter técnico; caso en el cual lo resuelto ni siquiera admite el recurso de anulación, pues el art. 74 de la ley 80 dispone, de manera precisa y contundente, que “La decisión adoptada será definitiva.” Y no sería para menos, pues esta corporación no tendría elementos para controlar una decisión que no se fundamenta, para nada, en el derecho, sino exclusivamente en valores y criterios técnicos, propios de cada disciplina, los cuales se convierten en su marco o parámetro de reflexión.

Ahora bien, la diferencia entre un laudo en derecho y uno en conciencia ha sido objeto de pronunciamientos por parte de esta Sección. Así, por ejemplo, ha dicho que:

“Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.

“En cambio, cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente mas amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir *“ex quo et bono”*, locución latina que quiere decir “conforme a la equidad o según el leal saber y entender” (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, pág. 181.).

“Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles. (...)

“El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el

marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

“Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular. (...)”

“En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos”.<sup>20</sup>

Al analizarse esta causal se destacan dos presupuestos esenciales: *Primero*, para que pueda hablarse de un fallo en conciencia se ha debido omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. En igual sentido, se dijo en la sentencia del 27 de abril de 1.999 que:

**“Por consiguiente, si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como “en derecho” y no en conciencia.**

“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>21</sup> (Negrillas fuera de texto)

---

<sup>20</sup> Sentencia del 3 de abril de 1992. Exp: 6695. Reiterado en: Sentencia de 19 de junio de 2000, Rad: 16724.

<sup>21</sup> Sentencia de 27 de abril de 1999; expediente No. 15623. Reiterada en: Sentencia de 18 de mayo de 2000. Rad: 17797, Sentencia de 8 de febrero de dos mil uno (2001). Rad: 18411.

En la sentencia del 9 de agosto de 2001 también se dijo que “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es *en derecho* y no *en conciencia*, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>22</sup>

En sentencia del 6 de julio de 2005 se señaló que el fallo en conciencia excluye la reflexión jurídica, dejando en el fuero interno del árbitro no sólo la motivación de la decisión, sino, y sobre todo, el parámetro o marco de referencia dentro del cual se juzga la controversia. En esta perspectiva se dijo:

**“De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna.**

“Queda claro, por tanto, que a la jurisdicción contenciosa sólo se le encomendó -en el caso de la causal segunda analizada- vigilar que la decisión del proceso se haya apoyado en normas jurídicas -errores in procedendo-; al margen, incluso, del sentido de la decisión misma, aspecto éste que quedó amparado en una especie de única instancia del proceso, así consentida por las partes cuando decidieron pactar la cláusula compromisoria, en tanto que la revisión del contenido de la decisión no es del resorte de esta instancia, es decir, que los errores in iudicando no se discuten a través de este recurso y esta causal.”<sup>23</sup>

En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma “manifiesta”, es decir, que la inobservancia de la normativa debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión de la misma o de falta de referencia constante a los preceptos del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Sentencia del 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

<sup>23</sup> Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 28.990.

<sup>24</sup> Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22526. Sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695. Sentencia de 20 de junio de 2002, exp. 20.129. Se dijo en esta última oportunidad que “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”

El *segundo* presupuesto legal que configura el fallo en derecho y no en conciencia, consiste en que las normas en que él se apoya deben estar vigentes. En sentencia del 9 de agosto de 2.001 expresó la Sala, en este orden, que:

“Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido **en derecho positivo vigente**. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. **En primer lugar** porque se citaron normas jurídicas y, **en segundo lugar**, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.

“Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido “en conciencia debiendo ser en derecho”.<sup>25</sup>

El *tercer* supuesto planteado por la jurisprudencia alude a las pruebas del proceso. Recientemente ha señalado la Subsección C de la Sección Tercera – sentencia del 21 de febrero de 2011. exp. 38.621. CP. Jaime Orlando Santofimio-que:

“También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>26</sup> o de las normas jurídicas,<sup>27</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>28</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>29</sup>

“En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

(...)

---

<sup>25</sup> Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

<sup>26</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

<sup>27</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

<sup>28</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

<sup>29</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportunas y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

(...)

“Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportunas y legalmente allegadas al proceso.

“Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

“Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

“A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

“En efecto, la providencia será en equidad cuando: **a)** El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; **b)** El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

“Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescindiera de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

“**4.4.** Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: **a)** El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

“Se configura la causal en el primer caso porque si se sanciona con anulación el laudo en equidad cuando ha debido ser en derecho, lo que significa que en ciertos casos está permitido, con mayor razón debe ser fulminado con la sanción aquel que está proscrito en todos los casos por apoyarse en la íntima convicción del juzgador, no dar motivación alguna y prescindir de toda consideración jurídica o probatoria.

“Se estructura la causal en el segundo caso porque todo juzgador debe someterse al imperio de la ley y sólo podrá acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se concluye que si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal.

(...)

“**6.1.** Como puede observarse, de la sola lectura del fundamento de los cargos que se proponen a la sombra de la causal 6ª ya se desprende la condena al fracaso a que ellos están abocados.

“En efecto, el recurrente quiere convertir este recurso de anulación en una segunda instancia porque en esencia pretende revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ya que cuestiona los razonamientos jurídicos y la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión.

(...)

“Con otras palabras, si bien el recurrente menciona la causal 6ª, la cadena argumentativa que trae para demostrar los dos cargos que dice encuadrar en ella no la configuran porque no apuntan a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, que inaplicaron la ley por considerarla inicua o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley.”

Esta perspectiva de análisis la reiteró la misma Subsección, en la sentencia del 24 de marzo de 2011 –exp. 38.484. CP. CP. Jaime Orlando Santofimio-, al señalar:

“También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>30</sup> o de las normas

---

<sup>30</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

jurídicas,<sup>31</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>32</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>33</sup>

“En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

“El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

“La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

“Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”<sup>34</sup>

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

(...)

“Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.

---

<sup>31</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

<sup>32</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

<sup>33</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

<sup>34</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

“4.4. Corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto en este aparte es que la causal de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 se configura cuando: **a)** El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; **b)** Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

(...)

“Aún más, se escuda para ello en la causal 6ª cuando en verdad las razones que trae no se acercan ni siquiera remotamente a los elementos que la configuran porque si bien menciona la causal 6ª, la cadena argumentativa que presenta para demostrar el cargo no la estructura toda vez que no apunta a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, que inaplicaron la ley por considerarla inicua o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley.”

Luego, la sentencia del 30 de marzo de 2011 –Subsección C, exp. 39.496. CP. Jaime Orlando Santofimio-, ratificó esta postura, consolidando la perspectiva jurisprudencial sobre el tema.

No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala advierte que el recurrente no denuncia que el laudo, en su integridad, esté afectado del vicio al que se ha aludido, sino que una de sus decisiones de condena -concretamente la económica-, no se fundamenta en pruebas que la soporten, sino en el capricho del tribunal. Y no es para menos, toda vez que no cabe duda en que el laudo se profirió en derecho, porque a lo largo del mismo se evidencia la fundamentación

en las normas que regulaban el tema, así como en el contrato -principalmente en este-, para valorar el alcance de las obligaciones de las partes, y de ahí para declarar el incumplimiento de una de ellas.

Ahora bien, en relación con la condena patrimonial, la Sala no considera que su monto se haya determinado caprichosamente o con desdén en la apreciación del peritazgo. De hecho, la base de la misma corresponde a un dato tomado del experticio -fl. 239, cdno. de pruebas No. 3- donde se indica -ante la solicitud de aclaración al peritazgo, formulada por Bancolombia- que: “El valor de los créditos y los intereses se encuentra detallado y respondido en la respuesta a la pregunta No. 7 del cuestionario de FOGAFIN. Como se registra en la tabla 12 y la tabla 13 de la respuesta, el saldo a 31 de julio de 2009 de los pasivos con Bancolombia son como se presenta a continuación: (...)”, e indica que en la Urbanización las Sierras del Chicó Ltda. fue de \$7.282'682.719,26 y en Chicó Oriental No. 2 Ltda. fue de \$3.819'161.949,17.

Lo que hizo el tribunal, a continuación, fue sumar esos dos valores y actualizarlos a septiembre 30 de 2010 -fecha próxima a la del laudo- y aplicarles la tasa de interés del contrato, que equivalía al DTF más 7 puntos. A continuación tomó los porcentajes de participación que le correspondían a FOGAFIN en las dos sociedades -51% y 82%- y ordenó pagar una suma igual a estos, para un total de \$7.164'.634.568,35.

De esta manera, entiende la Sala que el monto del capital fue tomado del peritazgo -lo que excluye, desde este punto de vista, el capricho o arbitrariedad de los jueces en su obtención-, y luego el tribunal lo actualizó -lo que es apenas lógico- y a continuación lo dividió, atendiendo al porcentaje de participación de FOGAFIN en la sociedad.

La Sala considera que si acaso el recurrente no comparte con el tribunal la manera de calcular el perjuicio sufrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato, este no es un asunto que pueda debatirse a través de la causal denominada fallo en conciencia, porque claramente reflejaría que se trata de una inconformidad con la decisión, un desacuerdo con la manera como se obtuvo el

monto del perjuicio padecido, aspectos que no cabe debatir a través de este recurso.

En gracia de discusión, la causal sexta exige para su configuración un requisito cualificante: que sea manifiesta la decisión en conciencia, de lo que está lejos el laudo que se examina, porque la inconformidad del recurrente, de estudiarse más a fondo, conduciría a esta Sala a realizar un análisis probatorio propio de la segunda instancia de un proceso, no del estudio que se hace para desentrañar los vicios que se controlan a través del recurso de anulación.

Finalmente, también planteó de paso el recurrente que la condena no se corresponde con las pretensiones de la demanda –fl. 185, cdno. ppal.–, pero es claro que este aspecto tampoco cabe discutirlo al interior de la causal que se analiza, de allí que sobre ello no es necesario hacer algún análisis en particular.

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

#### **FALLA:**

**Primero.** DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 21 de octubre de 2010, por el Tribunal del Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS y BANCOLOMBIA, con ocasión del contrato de contingencias pasivas, suscrito el 18 de enero de 1994.

**Segundo.** Condénese a BANCOLOMBIA a pagar las costas del recurso de anulación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO**

**OLGA DEL VALLE DE LA HOZ**

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE