

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Infundado. Condena en costas y agencias en derecho

SINTESIS DEL CASO - Celebración de contrato de operación, administración y mantenimiento entre el demandante y demandado, el cual adquieren a través de cesión del mismo. No pago por parte del actor de los excedentes generados por la operación de los meses de abril, mayo, junio y julio de 2011

Precisó la empresa convocante que el 26 de agosto de 1996, la sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. (liquidada) y el Grupo de Consultoría y Construcción Ltda., GRUCON LTDA. celebraron el contrato de operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó; añadió que esta última compañía se comprometió a crear una empresa de servicios públicos, a la cual cedería el contrato. Es así como el 3 de abril de 1997, GRUCON LTDA. cedió su posición contractual a favor de PRESEA S.A. E.S.P. Posteriormente, esta última sociedad cedió el contrato a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. Por su parte, el 1º de febrero de 2005, ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. cedió el contrato a favor del municipio de Apartadó. Agregó la empresa convocante que el 19 de mayo de 2006, el alcalde del municipio de Apartadó autorizó la cesión del contrato entre PRESEA S.A. E.S.P. y el municipio en cita, a favor de la empresa PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. En esa misma fecha, el municipio de Apartadó autorizó la cesión de su posición a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., la cual fue suscrita el 19 de mayo y modificada el 13 de septiembre de 2006. Sostuvo la convocante que el objeto del contrato consistió en la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado que ACUANTIOQUIA E.S.P. (AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.) posee y/o opera en el municipio de Apartadó, cuyas labores encomendó a quien en adelante actuara como operador en virtud de la adjudicación del contrato. La empresa convocante expresó que el plazo de ejecución del contrato se estableció en 15 años, contados a partir de la firma del mismo, el cual venció el 25 de agosto de 2011; a partir del día siguiente a la terminación del plazo, esto es, el 26 de agosto, fueron entregadas las redes y se inició el proceso de liquidación del contrato, durante el cual se presentaron controversias sobre las glosas que fundamentan la presente demanda y que fueron referidas en las pretensiones transcritas en anterior apartado de esta providencia. Finalmente, añadió que contrariando los términos de la relación contractual, el operador (PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P.), no consignó los excedentes generados por la operación de los meses de abril, mayo, junio y julio de 2011, así como otras sumas de dinero que por diferentes conceptos debía entregar a la convocante una vez expirado el plazo contractual, lo cual conllevó al incumplimiento de la cláusula séptima, numeral j del contrato de operación y, lo que es más grave en el sentir de la convocante, facilitó al operador descontarse unilateralmente dineros que a su entender tenía derecho a descontarse durante los meses finales de la operación de 2011, generando graves déficits en los ejercicios correspondientes a dichos meses. AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. elevó las reclamaciones correspondientes aunadas a otras que venía formulando de tiempo atrás, pese a lo cual el operador no acató al momento de liquidación del contrato los pedimentos respectivos y decidió no pagar las obligaciones contenidas en el numeral primero del literal j del acta de liquidación firmada el 12 de enero de 2012 .

NORMATIVIDAD APLICABLE - Regulación normativa. Reiteración jurisprudencial

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012 es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso

arbitral inició después de la expedición del referido Estatuto , por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el aludido conjunto normativo. Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que sólo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563 .**NOTA DE RELATORIA:** En razón al régimen aplicable en la presentación de recursos extraordinarios de anulación, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922); C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 / DECRETO 1818 DE 1998

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN UNICA INSTANCIA - Para conocer del Recurso extraordinario de anulación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Procedencia. Recurso presentado en tiempo

De conformidad con lo previsto por el numeral 7 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, Ley 1437 de 2011– y con lo normado en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.(...) En tales términos se cumplen los requisitos previstos por el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, para que esta Corporación, a través de su Sección Tercera, conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto. De otro lado, conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 , toda vez que la audiencia convocada para resolver la solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral se celebró el 8 de octubre de 2015 y lo allí decidido se notificó por estrados, de suerte que el término para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral corrió desde el 9 de octubre hasta el 24 de noviembre de 2015 y el escrito de impugnación extraordinaria fue presentado, precisamente, en esta última fecha .

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149.7 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 40

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Naturaleza / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Características

El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores in procedendo, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores in iudicando, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o

no, de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos. iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra , en consecuencia, en principio no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación .v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados” .vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 41.9

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES - Término. Cómputo / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL - Regulación

El artículo 164 del CPACA, en su numeral 2, literal g, ordinal V, dispone que la oportunidad para ejercitar el medio de control de controversias contractuales, tratándose de contratos que requieran de liquidación —si ésta no se logra por mutuo acuerdo o no se practica por la administración unilateralmente—, es el término de dos (2) años contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o a partir del vencimiento del de los dos meses siguientes a la expiración del anterior, para que la Administración lo liquide de manera unilateral

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164.2.G.V

CAUSALES DE ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL - Regulación normativa. Presupuestos / SOLICITUD DE CAUSALES DE ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL - Infundadas. No se alegaron expresamente

Debe recordarse que en lo que respecta a las causales de anulación del laudo arbitral recogidas en los numerales 1, 2 y 3 del citado artículo 41, resulta ser presupuesto indispensable que la circunstancia o el vicio constitutivo de aquellas se alegue expresamente en la primera audiencia de trámite, so pena de su saneamiento. En efecto, dispone el penúltimo inciso del multicitado artículo 41 de la Ley 1563 que “[L]as causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia...”. (...) A ello se agrega que, ante el hecho de que el recurrente no interpuso en la primera audiencia de trámite recurso de reposición contra el auto que avocó competencia pues debió impugnar tal decisión al considerar que el Tribunal carecía de dicha competencia para decidir en razón a que, según su parecer, el medio de control de controversias contractuales había caducado, ante esa realidad procesal y habida consideración de la perentoriedad de lo normado por el penúltimo inciso del citado artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en el sentido de que las causales de anulación 1, 2, y 3 no podrán invocarse como tales cuando no se alegaron expresamente.(...) Para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que es un recurso extraordinario, es menester considerar las causales previstas por en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en especial las de sus tres primeros numerales y la exigencia del décimo inciso del mismo artículo, según la cual estas causales sólo pueden invocarse si “el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 41.1 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 41.2 / LEY 1563 DE 2012.3

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ - Regulación normativa. Reiteración jurisprudencial / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Procedimiento / LAUDO ARBITRAL - Procedencia en la acción de tutela / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Infundada No se interpuso recurso de reposición contra auto que avoco conocimiento del asunto

Como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional al inicio del proceso arbitral el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, de conformidad con el alcance del denominado principio kompetenz-kompetenz Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes. El citado principio kompetenz-kompetenz estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998 y actualmente lo recoge el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno contencioso administrativo, sin perjuicio de la procedencia del recurso de anulación contra la decisión que respecto de dicho extremo adopte el Tribunal Arbitral. (...) cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto. Si el tribunal decide que es competente para conocer del caso, existe un instrumento legal adecuado para impugnar esta decisión: el recurso de reposición. Si el recurso se decide de manera

desfavorable, es necesario esperar a que el tribunal se pronuncie de fondo, para controvertir su competencia por medio del recurso de anulación, e incluso por medio de la acción de tutela. (...) Para el ejercicio de la acción de tutela, que también procede contra los laudos arbitrales, además de satisfacer las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción, es relevante la causal específica del defecto orgánico, que se produce cuando una atribución se ejerce por un órgano que no es su titular. El principio kompetenz-kompetenz implica que el tribunal de arbitramento tiene un margen de autonomía para fijar su propia competencia, de modo que para que se configure un defecto orgánico es necesario que el tribunal haya 'obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles' (...) para la Sala resulta clara la improcedencia de estudiar el contenido de los planteamientos expuestos por la convocada para sustentar este cargo en el recurso extraordinario de anulación, comoquiera que la falta de competencia del Tribunal que alega en su impugnación del laudo arbitral no fue puesta de presente a dicho Tribunal a través de la interposición del recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento avocó el conocimiento del litigio, presupuesto legal de procedencia de la invocación de la causal de anulación respectiva del laudo que se echa en falta en el presente asunto y que resulta suficiente para desestimar al aludido ataque planteado en contra de la decisión recurrida. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el principio de kompetenz-kompetenz, ver, Corte Constitucional, sentencia C-572-A de 2014.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 147.2 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 29

FALLO DE CONCIENCIA - Naturaleza. Reiteración jurisprudencial / FALLO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto. Regulación normativa. Reiteración jurisprudencial / FALLO DE CONCIENCIA - Requisitos. Presupuestos

La Sección Tercera ha precisado que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. (...) 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..." (...) la Sección Tercera de esta Corporación realizó algunas consideraciones en punto de precisar que el fallo en Derecho no es aquel en el cual se haga una simple o mínima referencia al derecho positivo, sino que además se requiere que esta alusión a preceptos normativos constituya el fundamento de la decisión y no una anotación marginal o descontextualizada de lo en ella resuelto: (...) debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos (...) i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho. ii) La decisión de los árbitros debe provenir básica y exclusivamente de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que

haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. En este caso el juez tiene libertad en la apreciación de la prueba y hasta podrá apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante será su decisión en conciencia, su íntima convicción. iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, de la carga de la prueba y del fundamento del derecho sustantivo, precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo. Significa entonces que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción íntima e igualmente podrá no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo consultará su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad. iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, estas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión. Debe entenderse entonces que el laudo en conciencia estará determinado por alguno de los siguientes supuestos: i) la ausencia en su contenido y/o en su fundamentación de normas del derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente, sin sujeción al marco jurídico o normativo aplicable; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como único apoyo de dicha decisión. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el fallo de conciencia, consultar, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191

PRINCIPIO DE EQUIDAD - Regulación normativa / ARBITRAJE - Clases / ARBITRAMIENTO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto. Regulación normativa / SOLICITUD DE FALLO DE CONCIENCIA - Infundada. La parte actora pretende reabrir el debate jurídico sin mostrar argumentos coherentes y técnicos. El supuesto fallo de conciencia o reúne los presupuestos que exige el recurso de anulación para ser causal

En lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a ella en la actividad de administrar Justicia, no está haciendo alusión a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que la informan; la norma expresamente la establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor “justicia”. Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y, por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, “el valor justicia”, de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está “administrando justicia” porque se parte del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar; de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos. (...) existen tres categorías de arbitraje: en derecho, en equidad

o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas o de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima “verdad sabida y buena fe guardada”, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia. para la Sala resulta evidente la improcedencia del cargo propuesto mediante la invocación de la aludida causal de anulación, toda vez que la parte convocada pretende, sin dubitación alguna, reabrir el proceso arbitral en sus aspectos jurídicos y probatorios, con base en unos planteamientos y en unos cuestionamientos propios de una nueva instancia, sin que en realidad se hubiere edificado un cuestionamiento que consulte la técnica de causal invocada y mucho menos del recurso extraordinario de anulación. Así pues, la ausencia de técnica en la sustentación de la causal de anulación resultaría suficiente para declarar la improcedencia de la misma en el presente caso. (...) para la Sala resulta evidente la improcedencia del cargo propuesto mediante la invocación de la aludida causal de anulación, toda vez que la parte convocada pretende, sin dubitación alguna, reabrir el proceso arbitral en sus aspectos jurídicos y probatorios, con base en unos planteamientos y en unos cuestionamientos propios de una nueva instancia, sin que en realidad se hubiere edificado un cuestionamiento que consulte la técnica de causal invocada y mucho menos del recurso extraordinario de anulación. Así pues, la ausencia de técnica en la sustentación de la causal de anulación resultaría suficiente para declarar la improcedencia de la misma en el presente caso. (...) la Sala estima pertinente agregar que el laudo arbitral controvertido no reúne uno solo de los elementos que definen un fallo en conciencia. En efecto, los árbitros determinaron, en primer lugar, la competencia que les asistía para dirimir la controversia; en segundo término, estudiaron y advirtieron la concurrencia de los presupuestos procesales legalmente exigidos para poder avocar el conocimiento de fondo del litigio; seguidamente delimitaron los problemas jurídicos a resolver y desarrollaron una argumentación coherente para despejarlos —más allá de que la misma pueda ser compartida, discutible o no, juicios éstos que, por las razones anotadas, escapan a los alcances del recurso extraordinario de anulación—, con fundamento en las normas que consideraron aplicables al caso y a partir de la documentación allegada al expediente, en especial del acta de liquidación del contrato y de las salvedades o glosas respectivas, además de los elementos demostrativos que a su juicio dieron lugar a entender que se había prorrogado de mutuo acuerdo la oportunidad para llevar a cabo dicha liquidación.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 8

SOLICITUD DE CORRECCION POR ERROR ARITMETICO - Regulación normativa. Término / ERROR ARITMETICO - Noción. Definición. Concepto. Regulación normativa / SOLICITUD DE CORRECCION POR ERROR ARITMETICO - Infundada. No se puede modificar la parte motiva de la providencia

La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o por omisión o cambio de palabras o por alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal Arbitral, es la causal octava de anulación

prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. La disposición en comento establece, entonces, de un lado, que la existencia de tales yerros o disposiciones contradictorias tenga lugar en la parte resolutive del laudo o que los mismos influyan de forma considerable en ésta y, de otro, un requisito de procedibilidad consistente en que las correspondientes circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a aquél en el cual se profirió la decisión arbitral se haya deprecado ora la corrección del error aritmético, por cambio de palabras o por alteración de éstas, ora la aclaración o complementación de la providencia en sus disposiciones contradictorias o en sus yerros por omisión, respectivamente. Lo anterior a efectos de permitir que el Tribunal Arbitral tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en los cuales hubiere podido incurrir o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo. En el anterior orden de ideas, por error aritmético debe entenderse aquel en el cual se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y, por consiguiente, se trata de un yerro cuya enmienda no conduce a la modificación o a la revocación de la decisión que se ha adoptado; a su turno, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación del algún aparte del texto del pronunciamiento y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada. de conformidad con lo preceptuado por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y actualmente por el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual resulta improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético o por omisión, cambio o alteración de palabras se pretenda reformar o revocar el fallo —el laudo, en asuntos como el sub judice— o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el Tribunal Arbitral, no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido” . (...) en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético o derivado de la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente, deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de las 4 antecitadas operaciones matemáticas o bien a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o en la digitación, más no a interpretaciones jurídicas ya sea relacionadas con alguno de los problemas jurídicos sometido a decisión de la autoridad judicial respectiva, bien atinentes a la manera en la cual el Tribunal debía realizar los cálculos o definir la fórmula u operación matemática a aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto .

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 285

CAUSAL DE ANULACION POR HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ARBITROS - Noción. Definición. Concepto / CAUSAL DE ANULACION POR HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ARBITROS - Hipótesis de configuración / FALLOS INFRAPETITA - Regulación normativa

Se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración. El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley. 2. El laudo recayó sobre

materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso. 3. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.(...) También se pronunció la Sala respecto del alcance de la causal nueve de nulidad del laudo, contenida en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, relativa a los fallos infrapetita, lo cual ratifica la Sala en esta ocasión, en relación con uno de los apartes del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Así se pronunció la Sala: encuentra su razón de ser en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sentencias deben ‘contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 41.9

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Regulación normativa / CAUSAL DE ANULACION POR HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ARBITROS - Infundada / FALLOS INFRAPETITA - Infundada. El recurso extraordinario de anulación no es una tercera instancia en la cual se reabra el debate jurídico

Esta Corporación se ha referido al principio de congruencia, de conformidad con los dictados de los artículos 304 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como uno de los orientadores de las decisiones judiciales, lo cual tiene plena vigencia a la luz de lo dispuesto por el Código General del Proceso.(...) En la actualidad este principio se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo texto es el siguiente: “ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...”.(...) encuentra la Sala que ni uno sólo de los reproches formulados respecto del laudo enjuiciado en el recurso extraordinario de anulación con base en esta causal, tiene vocación de prosperidad. (...) Como en varias ocasiones se ha expresado a lo largo del presente pronunciamiento, más allá del parecer que tengan los demás sujetos procesales respecto de esta forma de razonar del Tribunal Arbitral y de si se comparte o no el fondo de sus planteamientos, lo cierto es que resulta contrario a la técnica —y, naturalmente también, a las finalidades y a las posibilidades— del recurso extraordinario de anulación entrar a rebatir los aspectos sustanciales de la decisión adoptada por el Tribunal, olvidando que en esta instancia sólo resulta

procedente alegar defectos constitutivos de errores in procedendo, en relación con la adopción o con el contenido del laudo atacado.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 281

CONDENA EN COSTAS - Regulación normativa / AGENCIAS EN DERECHO - Requisitos para su procedencia y tasación / AGENCIAS EN DERECHO - Condena.

Dispone el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación “se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”.(...) atendiendo a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 , se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente: Los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta i) la naturaleza, ii) la calidad y iii) la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes. Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes .(...) en los términos de lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003 , dado que no prosperó el recurso de anulación interpuesto por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión realizada por la entidad pública convocante, PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., pagará a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 42 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 63 / ACUERDO 1887 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis 2016

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00028-01 (56346)A

Actor: AGUAS DE URABA S.A. E.S.P

Demandado: PRESEA APARTADO S.A. E.S.P

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Presea Apartadó S.A. E.S.P., contra el laudo proferido dentro del proceso arbitral que se adelantó entre las partes citadas en la referencia, el día 25 de septiembre de 2015, dentro del cual se resolvió lo siguiente:

“A. Sobre las pretensiones y excepciones:

Primero: Declarar la existencia del contrato de operación, administración y mantenimiento de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó. Así como del acta de liquidación de dicho contrato, la cual tuvo lugar el treinta y uno (31) de enero de 2012.

Segundo: Acceder íntegramente a la pretensión segunda del libelo de demanda y consecuentemente condenar a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. a pagar a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. la suma de quinientos cuarenta y un millones seiscientos veintiún mil setecientos veinticuatro pesos (\$541.621.724), moneda legal colombiana, más los intereses moratorios causados, o que llegaren a causarse sobre dicha suma, liquidados a la máxima tasa legal comercial a partir del treinta (30) de julio de 2014, hasta el momento en que se realice el pago íntegro y satisfactorio de la obligación.

Tercero: Declarar impróspera la pretensión tercera principal.

Cuarto: Declarar imprósperas las pretensiones denominadas subsidiarias escalonadas y comunes a todas las pretensiones en las que se solicita condenas económicas, sin perjuicio de la condena al pago de intereses moratorios a la que el Tribunal accede en los términos de la pretensión segunda de la demanda.

Quinto: No acceder a las excepciones de fondo o de mérito propuestas por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P.

B. Sobre las Costas y el juramento estimatorio

Primero. Condenar a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. en favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. al pago de la suma de CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$40.262.313,77), de acuerdo con los intereses y fechas de exigibilidad de cada rubro visibles en el numeral 7, literal F "Costas", § III Consideraciones del Tribunal, de la parte motiva de esta providencia, por concepto de costas del proceso, entendidas como tales las sumas que pagó AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. por concepto de gastos y honorarios y las agencias en derecho fijadas por el Tribunal y cuya cuantía ya se encuentra reducida al setenta por ciento (70%).

Segundo. Absolver a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de pago alguno, por concepto de la sanción contenida en el enunciado normativo descrito en el artículo 206 del Código General del Proceso, de acuerdo con las consideraciones visibles en el literal E "Juramento Estimatorio", § III Consideraciones del Tribunal, de la parte motiva de este Laudo Arbitral.

C. Sobre aspectos administrativos:

Primero. Decretar la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados por la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación (Cfr. Art. 28 de la Ley 1563 de 2012).

Segundo. Ordenar la liquidación final de las cuentas del Proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a ambas Partes de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos de funcionamiento del Tribunal".

Tercero. Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Cfr. art. 47, ibídem).

Cuarto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las Partes y al Centro de Arbitraje”¹.

¹ Fls. 2.171-2.173, C. Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda arbitral.

El día 30 de enero de 2014, la compañía Aguas de Urabá S.A. E.S.P., por conducto de apoderado, formuló ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, demanda arbitral en contra de la compañía Presea Apartadó S.A. E.S.P., con ocasión de la controversia suscitada entre las partes en relación con el contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, celebrado el 26 de agosto de 1996.

1.2 La cláusula compromisoria.

La cláusula compromisoria se estipuló en los siguientes términos:

"CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a arreglo directo entre ellas. En caso de no obtener acuerdo dentro de los noventa (90) días calendario, siguientes a la formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, para que ésta, de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro, decida sobre la controversia presentada. El tribunal de Arbitramento sesionará en la ciudad de Medellín, integrado por tres (3) árbitros que decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo entre las partes. En caso que no exista acuerdo, estos serán nombrados por la persona que designa la ley, o en su defecto, por el director del centro de conciliación y arbitramento"².

1.3 Las pretensiones.

Las pretensiones elevadas en el escrito de convocatoria del Tribunal Arbitral fueron las siguientes:

² Fls. 2.130-2.131 C. Consejo de Estado.

"1. PRETENSIONES DE CARÁCTER PREARBITRAL

PRIMERA. Que previo al trámite de ley, se integre e instale un tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo señalado por los sujetos procesales del pacto arbitral en la cláusula "décimo tercera" del contrato de Operación, Administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Apartadó del veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996) y que reza:

CLAUSULA DECIMO TERCERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a arreglo directo entre ellas. En caso de no obtener acuerdo dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a su formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín para que ésta de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro decida sobre la controversia presentada. El Tribunal de Arbitramento sesionará en la ciudad de Medellín integrado por tres (3) árbitros que decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo entre las partes. En caso que no exista acuerdo éstos serán nombrados por la persona que designa la ley, o en su defecto, por el director del centro de conciliación y arbitraje.

SEGUNDA. Que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria arbitral antes referida, el tribunal podrá integrarse por tres (3) árbitros designados por las partes habida consideración de que no se pudo superar las diferencias contenidas en el acta de liquidación y no existiendo un acuerdo directo entre las partes el cual por demás no resulta incluso necesario tal como ha quedado claro en laudos arbitrales los cuales han determinado de manera clara que:

"Entendió el Tribunal que el no agotamiento de la etapa de arreglo directo entre las partes, contemplada en la cláusula de solución de controversias del contrato, que a su vez incluye el pacto arbitral, no constituía un impedimento para proceder al arbitramento, pues efectuado un análisis minucioso de la misma, se pudo concluir que cumplía con todas las exigencias constitucionales y legales para predicar de ella su existencia y validez como pacto autónomo que es del contrato al cual accede. Como acto jurídico, determinó el tribunal en aquel momento, que la cláusula proviene de la voluntad de las partes; tiene un objeto y causa lícitos, y

cumple con las formalidades propias de este tipo de actos, tal como lo exigen las normas del Decreto 1818 de 1998.

Frente al recurso de reposición interpuesto por PRESEA respecto de esta decisión, el tribunal se reafirmó en la misma, argumentando que la etapa de arreglo directo no estaba definida por las partes en un procedimiento concreto, y que por otro lado, ambas partes afirmaban el agotamiento de dicha etapa respecto de sus propios hechos y pretensiones. Así las cosas para el Tribunal esta etapa de arreglo directo no constituía una causal para negar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que solicita ACUANTIOQUIA le sea garantizada. En consecuencia declaró su competencia para pronunciarse respecto del conflicto sometido a su conocimiento. " (Laudo arbitral proferido en litigio entre ACUANTIOQUIA SA. ESP y PRESEA SA. ESP, página 3 de doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

II. DE CARÁCTER PRINCIPAL ARBITRALES RESPECTO AL CONTRATO Y SU LIQUIDACIÓN

PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que entre la sociedad AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., y la sociedad PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. existió el contrato de Operación, Administración y Mantenimiento para los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado de Apartadó, el cual se dio por terminado y liquidado sin acuerdo total mediante acta de liquidación del treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012) y en el cual se estipuló que las sociedades quedaban a paz y salvo en sus obligaciones, salvo los conceptos glosados y los perjuicios que se ocasionaron.

SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que PRESEA APARTADO S.A. E.S.P., en incumplimiento del contrato adeuda a AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTIÚN MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$541.621.724), derivados de los valores descontados del ejercicio financiero del contrato afectando los excedentes en las sumas que a continuación se relacionan y que son componentes de las glosas del acta de liquidación parcial:

GLOSA Nro. 1: por valor de capital de DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO

PESOS \$223.048.845, valores correspondientes a 21 indemnizaciones que fueron pagadas al personal de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., con recursos de la operación del sistema fundamentados en despidos unilaterales bajo la modalidad de contrato a término indefinido y a término fijo. Dinero que no debió ser cubierto con cargo al ejercicio financiero de la operación en sus últimos meses, conforme al régimen contractual.

GLOSA Nro. 2: por valor de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$155.980.637), correspondientes al cobro de subsidios (por valor de 6.4%) no reconocidos a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. por los años dos mil ocho (2008), dos mil nueve (2009), dos mil diez (2010) y dos mil once (2011) y que fueron auto retenidos por el operador (Presea Apartado) quien pretendió su cobro mediante la factura 543, lo cual resultaba improcedente bajo el régimen contractual.

GLOSA Nro. 3: Por valor de CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$50.680.936), correspondientes al porcentaje del 6.4% de retribución por cartera entregada descontado por el Operador por el saldo pendiente por recaudar que debió cancelar el diez (10) de noviembre de dos mil once (2011), supuesto saldo a su favor que liquidó PRESEA que resultaba improcedente bajo el régimen contractual al no haberse efectuado el recaudo.

GLOSA Nro. 7: Por valor de QUINIENTOS UN MIL TRECIENTOS VEINTE SIETE PESOS (\$501.327), correspondientes al porcentaje de remuneración del 6.4% sobre el valor de \$6.752.790 cifra equivalente a los valores devueltos en proceso comercial a los usuarios recibidos y que conforme al régimen contractual no debió dar lugar a un ingreso en la operación.

GLOSA Nro. 12: Por valor de VEINTE DOS (*sic*) MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$22.354.880), correspondientes a las Tasas retributivas no reconocidas por AGUAS DE URABA S.A. E.S.P., ya que son de periodos anteriores a enero de 2008 descontados el diez (10) de septiembre de dos mil once (2011) directamente por Presea. [En el acta de liquidación se cometió un error al inscribir la palabra "posteriores" en lugar de anteriores"]. Monto que conforme a la realidad, el sujeto

gravable de la contribución, la naturaleza de dicho aporte, actos propios y el ejercicio contractual no debía asumirlo AGUAS DE URABA S.A. ESP.

GLOSA Nro. 14: Por valor de TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$33.955.256), correspondientes a las tasas retributivas no reconocidas por Aguas de Urabá porque son de periodos anteriores a enero de dos mil ocho (2008) [En el acta de liquidación se cometió un error al inscribir la palabra "posteriores" en lugar de anteriores"], descontados directamente por Presea el diez (10) de octubre de dos mil once (2011) según ejercicio financiero entregado. Monto que conforme a la realidad, el sujeto gravable de la contribución, la naturaleza de dicho aporte, actos propios y el ejercicio contractual no debía asumirlo AGUAS DE URABA S.A. ESP.

GLOSA Nro. 17: Por valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$55.099.843), correspondientes al Cobro de porcentaje del 6.4% de subsidios no reconocido por Aguas de Urabá del año dos mil diez (2010) devuelta por el Auditor de Presea en noviembre de dos mil diez (2010) según cuenta de cobro No. 278 de dos mil diez (2010). Por cuanto no corresponden a un recaudo por PRESEA APARTADO S.A. ESP., siendo su descuento a los excedentes del ejercicio un incumplimiento del contrato.

En total, los aspectos solicitados en esta pretensión, corresponden a la siguiente suma:

GLOSA COBRADA	VALOR DE LA GLOSA
GLOSA 1	\$223.048.845
GLOSA 2	\$155.980.637
GLOSA 3	\$50.680.936
GLOSA 7	\$501.327
GLOSA 12	\$22.354.880
GLOSA 14	\$33.955.256
GLOSA 17	\$55.099.843

TOTAL	\$541.621.724
-------	---------------

Así las cosas presentándose el incumplimiento contractual por los anteriores conceptos en la medida que la PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. retuvo afectando los excedentes de egresos que no debía descontar, generó ingresos que debieron revaluarse, afectando finalmente el resultado de los ejercicios que dieron lugar a un acta de liquidación bilateral que reflejaba incumplimiento a su ejercicio expresado en las anteriores cifras conforme el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó. Se aclara con respecto a la mención del auto inadmisorio que se debe señalar el "... momento a partir del cual se solicita el pago corresponde al primero (1º) de Febrero de dos mil doce (2012).

ÚNICA CONSECUENCIAL A LA SEGUNDA PRINCIPAL: que se condene a PRESEA S.A. E.S.P. como consecuencia de la segunda pretensión principal a pagar a AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. el monto correspondiente al total de las referidas glosas (QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$541.621.724) o el que se lograre probar de lo anterior en el proceso, debidamente indexados, y liquidado con los respectivos intereses de mora a la tasa máxima legal desde el día siguiente a la liquidación bilateral del contrato, esto es el primero (1º) de Febrero de dos mil doce (2012).

TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. incumplió el contrato (sus obligaciones) por retardar el pago de los excedentes de la operación que sí reconoció entre los meses de abril y junio de dos mil once (2011) en el acta de liquidación y que se compone de excedentes acumulados sin pagar debidamente a partir de abril once (11) de dos mil once (2011) dando lugar a perjuicios a la CONVOCANTE.

- PRIMERA CONSECUENCIAL A LA TERCERA PRINCIPAL: Conforme a la anterior declaración, se declare que PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. estaba obligada a cubrir los perjuicios reflejados en intereses moratorios a la tasa máxima legal hasta el momento en que efectúa el pago parcial (excedentes que sí reconoció) el día veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011), tomando en cuenta que los intereses se fueron generando de forma escalonada desde que se

produjeron excedentes el mes de abril y no fueron pagados antes de abril once (11) de dos mil once (2011) y hasta la fecha de pago parcial.

- SEGUNDA CONSECUENCIAL A LA TERCERA PRINCIPAL. Que acatando las normas de imputación de pagos se declare que el pago realizado por la operadora de los excedentes reconocidos por su parte en la liquidación de la operación y pagados el veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011) (\$385.945.951) correspondía en una primera medida a intereses de mora, que liquidará y determinará el tribunal, condenando a PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. al pago del saldo de capital insoluto que quedare de los excedentes que sí reconoció y consignó, así como su actualización e intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal y hasta la fecha de pago efectivo.

CUARTA PRINCIPAL: Se condene en costas, expensas y agencias en derecho a la convocada.

GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS ESCALONADAS Y COMUNES A TODAS LAS PRETENSIONES EN LAS QUE SE SOLICITA CONDENAS ECONÓMICAS.

1. Se solicita al Honorable Tribunal en el evento de que considere improcedente las actualizaciones pedidas (indexaciones) concurriendo con las tasas máximas legales, que condene a los montos de capital nominal más la tasa máxima legal de conformidad con el art. 36.3 de la Ley 142 de 1994, tomando las fechas determinadas en las pretensiones.

2. Se solicita al Honorable Tribunal en el evento de que considere improcedentes los intereses solicitados a la tasa máxima legal concurriendo con capital no indexado, que condene al pago del capital indexado más los intereses corrientes bancarios tomando las mismas fechas solicitadas en todas las pretensiones de contenido económico.

3. Se solicita al Honorable Tribunal en el evento de que considere improcedentes los intereses solicitados a la tasa máxima concurriendo con capital no indexado, que condene al pago del capital nominal más los intereses corrientes bancarios tomando las mismas fechas solicitadas en las todas las pretensiones de contenido económico.

4. De considerarse por parte del Tribunal que no aplican las situaciones anteriores, se solicita que se condene al pago de capital debidamente indexado más intereses legales doblados de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.)

5. Si el tribunal estima que no es viable imponer las condenas económicas anteriores, se solicita que se condene al pago del capital indexado más intereses legales.

6. Finalmente se solicita al Honorable Tribunal en el evento de que considere que no aplican los intereses máximos legales, corrientes bancarios, ni legales, condene al pago de las condenas de capital debidamente indexado.

7. PRETENSIÓN COMÚN. Como pretensión común y a todas aquellas que involucren intereses, se solicita al Honorable Tribunal que de aplicación al art. 886 del Código de Comercio en su laudo si al momento de proferirse el mismo ha transcurrido más de un año desde la presentación de la demanda arbitral"³.

1.4 Los hechos.

Precisó la empresa convocante que el 26 de agosto de 1996, la sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. (liquidada) y el Grupo de Consultoría y Construcción Ltda., GRUCON LTDA. celebraron el contrato de operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó; añadió que esta última compañía se comprometió a crear una empresa de servicios públicos, a la cual cedería el contrato. Es así como el 3 de abril de 1997, GRUCON LTDA. cedió su posición contractual a favor de PRESEA S.A. E.S.P. Posteriormente, esta última sociedad cedió el contrato a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. Por su parte, el 1º de febrero de 2005, ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P cedió el contrato a favor del municipio de Apartadó.

Agregó la empresa convocante que el 19 de mayo de 2006, el alcalde del municipio de Apartadó autorizó la cesión del contrato entre PRESEA S.A. E.S.P. y el municipio en cita, a favor de la empresa PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. En

³ Fls. 2.139-2.143, C. Consejo de Estado.

esa misma fecha, el municipio de Apartadó autorizó la cesión de su posición a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., la cual fue suscrita el 19 de mayo y modificada el 13 de septiembre de 2006.

Sostuvo la convocante que el objeto del contrato consistió en la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado que ACUANTIOQUIA E.S.P. (AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.) posee y/o opera en el municipio de Apartadó, cuyas labores encomendó a quien en adelante actuara como operador en virtud de la adjudicación del contrato.

La empresa convocante expresó que el plazo de ejecución del contrato se estableció en 15 años, contados a partir de la firma del mismo, el cual venció el 25 de agosto de 2011; a partir del día siguiente a la terminación del plazo, esto es, el 26 de agosto, fueron entregadas las redes y se inició el proceso de liquidación del contrato, durante el cual se presentaron controversias sobre las glosas que fundamentan la presente demanda y que fueron referidas en las pretensiones transcritas en anterior apartado de esta providencia.

Finalmente, añadió que contrariando los términos de la relación contractual, el operador (PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P.), no consignó los excedentes generados por la operación de los meses de abril, mayo, junio y julio de 2011, así como otras sumas de dinero que por diferentes conceptos debía entregar a la convocante una vez expirado el plazo contractual, lo cual conllevó al incumplimiento de la cláusula séptima, numeral j del contrato de operación y, lo que es más grave en el sentir de la convocante, facilitó al operador descontarse unilateralmente dineros que a su entender tenía derecho a descontarse durante los meses finales de la operación de 2011, generando graves déficits en los ejercicios correspondientes a dichos meses.

AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. elevó las reclamaciones correspondientes aunadas a otras que venía formulando de tiempo atrás, pese a lo cual el operador no acató al momento de liquidación del contrato los pedimentos respectivos y decidió no pagar las obligaciones contenidas en el numeral primero del literal j del acta de liquidación firmada el 12 de enero de 2012⁴.

1.5 La integración del Tribunal de Arbitramento.

⁴ Fls. 666-677, C. 2 continuación del cuaderno principal.

El 26 de mayo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso declarar instalado legalmente el Tribunal de Arbitramento y se designó Presidente y Secretario.

1.6 La contestación de la demanda y las excepciones perentorias propuestas.

La empresa convocada propuso como excepciones de mérito las que se mencionan a continuación:

1. Falta de legitimación en la causa por activa.
2. Cumplimiento del contrato.
3. Buena fe de la empresa convocada.
4. Establecimiento de una cláusula abusiva o uso abusivo de un derecho.
5. Inoponibilidad a la empresa convocada del acto jurídico de cesión del contrato de operación celebrado entre el Municipio de Apartadó y Aguas de Urabá S.A. E.S.P.

1.7 La decisión arbitral recurrida.

En sede arbitral, se dictó laudo el día 25 de septiembre de 2015, cuya parte resolutive quedó transcrita al inicio de esta sentencia.

El Tribunal de Arbitramento inició el análisis del caso bajo estudio, con la consideración de que el proceso se desarrolló con plena observancia de las normas procesales, en especial de las disposiciones contenidas en Ley 1563 de 2012 y con absoluto respeto por los derechos de defensa y de contradicción de las partes; constató asimismo, el cumplimiento de los siguientes presupuestos procesales: **(i)** demanda en forma; **(ii)** no existencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, conciliación, pleito pendiente o litispendencia, ni prejudicialidad; **(iii)** integración e instalación del Tribunal en debida forma; **(iv)** viabilidad de transacción o de libre disposición respecto de los asuntos materia de controversia en el proceso; **(v)** legitimación en la causa por activa y por pasiva, puesto que las partes son las mismas que figuran como titulares de la relación comercial surgida con el contrato de operación celebrado el 26 de agosto de 1996; **(vi)** debida notificación de todos los actos procesales; **(vii)** oportuna presentación de la

demanda, toda vez que la regla de caducidad aplicable en el caso concreto es la contenida en el numeral 3 del literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, comoquiera que el acta de liquidación fue suscrita el 31 de enero de 2012 y la demanda fue presentada el 30 de enero de 2014, es decir, antes de haber transcurrido 2 años contados a partir de la firma del acta de liquidación por mutuo acuerdo.

Sobre este último aspecto, el Tribunal precisó que el plazo contractual se cumplió el 26 de agosto de 2011, puesto que fue previsto por un término de 15 años contados a partir del 26 de agosto de 1996, fecha de celebración del contrato; no obstante lo anterior, evidenció que las partes manifestaron que la fecha real de terminación fue el 14 de octubre de 2011.

Para el Tribunal de Arbitramento, el objeto de la litis, conforme al contenido de la demanda, consistió en determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y si de haberse presentado tal incumplimiento, la empresa convocada adeuda o no las sumas señaladas en las glosas 1, 2, 3, 7, 12, 14 y 17.

Añadió el Tribunal Arbitral que no obstante haberse tramitado el procedimiento de contratación bajo la figura de la licitación pública prevista en la Ley 80 de 1993, la cláusula décima séptima del contrato es clara en señalar que al contrato celebrado en agosto de 1996, le es aplicable el régimen dispuesto en la Ley 142 de 1994 y las disposiciones de derecho privado a que la misma remite.

Al estudiar las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, el Tribunal consideró que accedería a la primera pretensión principal, por cuanto quedó acreditada la prueba del contrato y el acta de liquidación del mismo. En relación con la segunda pretensión principal y única consecuencial a la misma, el Tribunal declaró el incumplimiento del contrato, toda vez que estimó que el contrato de operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó, resulta equiparable al contrato de mandato, puesto que el operador recibe el encargo de administrar la infraestructura del acueducto; añadió asimismo que, en virtud de lo normado por el artículo 1268 del Código de Comercio, el mandatario debe rendir cuentas de su gestión y entregar al mandante lo que haya recibido por causa del mandato y, por ello, en principio la ley faculta al mandatario para retener los dineros que considera que se le adeudan en ejercicio del contrato de mandato, lo que no constituye un

abuso del derecho, sino por el contrario, implica que el mandante pueda objetar en vía judicial, si así lo considera, la rendición de cuentas que se hace al final del mandato. Por ello, Aguas de Urabá S.A. E.S.P. tenía derecho a sufragar gastos generales de operación, pagar las contribuciones a que hubiera lugar y cobrar una remuneración sobre los ingresos efectivamente recaudados.

En consideración del Tribunal, se presentaron dos aspectos relevantes en el caso bajo estudio: en primer lugar, no se pagaron los excedentes de abril, mayo, junio, septiembre y octubre de 2011, con la precisión en el sentido de que hubo pérdidas por los meses de julio y agosto del mismo año y al momento de la liquidación del contrato PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. manifestó adeudar a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. la suma de \$385.965.671, valor que pagó en el mes de noviembre de 2011, lo que significa que el contrato no operó en debida forma, puesto que los excedentes se debieron haber pagado sin perjuicio de que en los meses deficitarios, la empresa convocante cubriera los correspondientes déficits; añadió que, al parecer, la convocada decidió no pagar los excedentes, bajo el argumento de que se necesitaba dinero para la etapa de terminación del contrato; asimismo, precisó que AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. tampoco canceló los meses deficitarios. En segundo lugar, agregó el Tribunal, que en la etapa de liquidación definitiva del contrato, PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. no tenía la facultad para auto retener, de manera unilateral, ciertas sumas de dinero que consideraba le debieron ser pagadas, por cuanto la cláusula décima del contrato de operación, prevé la obligación a cargo de PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. de agotar el procedimiento contractual señalado en la cláusula décima del contrato, esto es, que la empresa convocada debió haber efectuado los reclamos correspondientes por cada suma de dinero y, de no haber sido atendidos, debió acudir las acciones contractuales correspondientes; por esta razón, se afirma en el laudo impugnado que la empresa convocada vulneró las estipulaciones contractuales y el principio de la buena fe, en virtud de lo preceptuado por los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

En este sentido, reiteró el Tribunal que no era dable analizar los motivos que dieron origen a las retenciones, puesto que las mismas no estaban permitidas bajo las disposiciones que rigen la ejecución del contrato, el cual es ley para las partes, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil y, en virtud de estas consideraciones, condenó a Presea Apartadó S.A. E.S.P., a reembolsar las

sumas retenidas, con los correspondientes intereses de mora, liquidados a partir de la notificación de la demanda, es decir, el 30 de julio de 2014.

De otra parte, el Tribunal no accedió a las pretensiones subsidiarias escalonadas y comunes a todas las pretensiones en las que se solicitaron condenas económicas, puesto que de conformidad con lo previsto en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley 142 de 1994, la constitución en mora sólo se presenta luego del requerimiento judicial, el que se configura en el momento de la notificación de la demanda.

Frente a la tercera pretensión principal, relacionada con el retardo del pago de los excedentes de la operación entre los meses de abril y junio de 2011, los cuales fueron reconocidos por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. en el acta de liquidación y respecto de los cuales se predica que hubo un pago tardío e incompleto, el Tribunal consideró que al margen de haber sido formulada de manera confusa dicha pretensión,

"lo que se plantea es que no habiendo PRESEA APARTADÓ pagado los excedentes por determinados meses en tiempo, y habiendo procedido PRESEA APARTADÓ, luego de haber incurrido en dicha omisión, al momento de la liquidación del contrato, o sea con fecha 31 de enero de 2012, a declarar que solo debía por concepto de excedente la suma de \$385.945.951, suma que solo desembolsó el 22 de noviembre de 2011, procede el Tribunal, teniendo en cuenta que los excedentes debían pagarse al tenor de lo previsto en el parágrafo 1° de la cláusula quinta del contrato, ... dentro de los 10 primeros días de cada mes por periodo vencidos de recaudo, se proceda a liquidar la mora de todos aquellos periodos respecto de los cuales, habiéndose producido excedente no hubo lugar al pago del mismo y a enjugar dicha mora y si fuera procedente parte del capital, parcialmente con el pago que se realizó el 22 de noviembre de 2012, liquidando así la suma que PRESEA APARTADÓ quedó debiendo a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. por el no pago oportuno de los excedentes".

En concepto del Tribunal, la pretensión tercera carece de vocación de prosperidad, al igual que, respecto de la misma, las denominadas pretensiones subsidiarias escalonadas y comunes a todas las pretensiones en la cuales se solicitan condenas económicas, toda vez que la constitución en mora, a menos que se convenga lo contrario, requiere pronunciamiento judicial, en virtud de lo

normado en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con lo previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, según la cual la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento, produce efectos de requerimiento judicial; razón por la cual no se puede predicar la mora respecto del no pago de los excedentes, ya que dicha mora no se produjo y al tenor de lo señalado en la demanda, la suma adeudada fue pagada con antelación a la notificación de la misma, es decir el 22 de noviembre de 2011, al paso que la notificación en comento se efectuó el 30 de julio de 2014.

Cabe destacar que el Tribunal de Arbitramento consideró que las denominadas excepciones de mérito propuestas por la empresa convocada no son verdaderamente tales, toda vez que ninguna de ellas constituye un hecho concomitante o posterior a las pretensiones con la virtualidad de desvirtuarlas; no obstante lo anterior, hizo el estudio de cada una de ellas y concluyó que debían ser desestimadas.

De otra parte, el Tribunal manifestó que los acuerdos contenidos en el contrato de cesión celebrado entre el municipio de Apartadó y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. son inoponibles a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y la cláusula referida a que el sistema de operación se entrega en ceros, concierne únicamente a cedente y cesionario y en ningún caso a las relaciones con terceros.

En lo atinente a la tacha formulada respecto de los testigos José Raul Sánchez y Jaime Gabriel Posada, el Tribunal se abstuvo de pronunciarse por considerar que los testimonios en mención no resultaban relevantes para dirimir la controversia.

En relación con el juramento estimatorio, el Tribunal precisó que la norma aplicable para su valoración era la prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, con la modificación introducida a dicho precepto por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 y, de conformidad con lo señalado en dicha norma, consideró que no había lugar a la imposición de la sanción, habida cuenta de que la negación parcial de las pretensiones principales no se subsume en el referido enunciado normativo, a cuyo tenor dicha sanción se abre paso *"si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada"*. En este sentido, el juramento estimatorio ascendió a la suma de \$970'334.731,93,

mientras que la suma en la que el Tribunal condenó a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. asciende, solo por concepto de capital, a la cantidad de \$541'621.724. Añadió el Tribunal que la norma hace referencia a perjuicios no probados, lo cual resulta diferente de que el demandante alegue perjuicios que pese haber sido probados no son jurídicamente procedentes. En conclusión, el Tribunal afirmó que el juramento estimatorio implica una sanción cuya imposición procede cuando hay mala fe o temeridad de la parte que solicita la condena, situación que no se presenta en el presente caso.

Finalmente, en consideración del Tribunal, el arbitraje favoreció a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. en razón a la prosperidad de las pretensiones primera y segunda principales y, por ello, impuso la condena en las costas del proceso en contra de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., incluyendo las agencias en derecho y el pago de los demás costos debidamente acreditados en el expediente. Comoquiera que la pretensión tercera principal no prosperó, empero, la condena en costas impuesta no lo fue por el cien por ciento (100%) de las mismas, sino por el setenta por ciento (70%) de su valor.

En materia de agencias en derecho, el Tribunal afirmó que tuvo en cuenta un criterio de razonabilidad, toda vez que no hubo temeridad en la actuación procesal de las partes ni de los apoderados y con fundamento en el Acuerdo 1.887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2.222 del 10 de diciembre de 2003, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó las agencias en derecho a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. y en contra de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., en la suma, ya reducida al 70%, de \$11.886.600,60, cuyo 100%, correspondería a los honorarios percibidos por un árbitro.

1.8 Solicitudes de complementación y aclaración al laudo arbitral.

La empresa AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. solicitó la complementación de la condena en costas del laudo, con fundamento en los gastos sufragados por AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. a favor del perito César Mauricio Ochoa.

En relación con los puntos sobre los cuales solicitó la aclaración del laudo, la empresa convocante argumentó:

“En los considerandos del fallo se presentan algunas menciones del tribunal que consideramos útiles aclarar y/o para efectos de total claridad de la decisión como un todo. Los puntos en cuestión son los siguientes:

a. Se solicita aclarar si en los considerandos del laudo, la referencia que se hace en el párrafo al final de la pág. 27 que señala "Por ende, en términos generales Aguas de Urabá S.A. E.S.P. tenía el derecho a sufragar los gastos generales de operación y a pagar las contribuciones a las que hubiera lugar y a cobrar una remuneración sobre los ingresos efectivamente recaudados". Si tal referencia corresponde a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. o a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. (Se subraya el punto donde pedimos la aclaración y/o corrección).

b. Se solicita aclarar si en los considerandos del laudo, la referencia que se hace en el inciso 4 de la página 30 al final corresponde a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. o a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. En efecto, en tal inciso al final aparece lo siguiente: "...porque lo cierto es que no habiendo podido Presea Apartadó S.A. E.S.P. retener unilateralmente sumas de dinero, la misma, independientemente de las razones que condujeron a tal retención, en cada uno de los casos relacionados con cada glosa, no podía haber realizado dicha retención, y que le hubiera correspondido a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. en el curso del contrato, formular las diferentes reclamaciones relacionadas con cada uno de los ítems que unilateralmente retuvo y en el evento de que dichas reclamaciones no llegaren a buen puerto, incoar las acciones contractuales relacionadas con cada una de ellas." (Se subraya el punto donde pedimos la aclaración y/o corrección).

c. En el primer inciso de la página 31, se solicita aclarar si el contrato a que se hace referencia es el 'contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto en el municipio de Apartadó' suscrito el día 26 de agosto de 1996 y si la mención a Presea S.A. corresponde a la sociedad PRESEA APARTADÓ (pág. 42 del laudo), se solicita aclarar si se trata de gastos y honorarios pagados por Aguas de Urabá S.A. E.S.P.

d. En el cálculo de los conceptos de costas, también en la parte de considerandos, se contabilizó la suma de \$28.375.713,17 apareciendo por conceptos 'Gastos y Honorarios pagados por PRESEA APARTADÓ' (pág. 42 del laudo), se solicita aclarar si se trata de gastos y honorarios pagados por Aguas de Urabá S.A. E.S.P."

De otra parte, la empresa PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. solicitó aclarar el laudo arbitral en relación con los siguientes extremos:

“1°. En la página 32, párrafo cuarto, parte final, se afirma que los excedentes se pagaron el 22 de Noviembre de 2012. Tal como consta en los documentos del expediente y en otros apartes del mismo laudo existe un error, ya que los excedentes se pagaron el 22 de Noviembre de 2011.

2o. En la misma página 32 se afirma: "... Y habiendo procedido Presea Apartadó, luego de haber incurrido en dicha omisión, al momento de la liquidación del contrato, o sea con fecha 31 de enero de 2012, a declarar que solo debía por concepto de excedente la suma de \$385.945.951, suma que sólo desembolsó el 22 de noviembre de 2011 ...".

No es posible que al momento de la liquidación, o sea el 31 de enero de 2012, Presea Apartadó declare que debía la suma de \$385.945.951 por excedentes, cuando en el mismo laudo se reconoce que se habían pagado en 22 de noviembre de 2011, fecha anterior en más de dos meses al momento de la liquidación del contrato.

3o. En la Página 41, Ordinal F, Numeral 2., se dice: "... El Tribunal aclara que en virtud de la prosperidad de las pretensiones primera y segunda principal y de la no prosperidad de la pretensión tercera principal, la condena no será del 100%, sino del 70% a favor de AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. y en contra de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. ". Se trata sin duda de un error aritmético, ya que las dos terceras partes son el 67% y no el 70%, por lo cual solicitamos que se corrija.

4. En la página 42, Numeral 4. del mismo Ordinal anterior, comete un error el Tribunal al condenar a PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. a restituir a AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. la suma de \$28.375.713,17, lo que sumado a los \$40.536.733,10 que le correspondió pagar inicialmente (el 50% de \$81.073.466,20), da un total a pagar de \$68.912.446,27, que corresponde al 85% del total de honorarios y gastos decretados y pagados dentro del proceso, en vez del 70% que ha sido la condena del laudo, siendo evidente el yerro".

1.9 Decisión del Tribunal sobre las solicitudes de complementación y aclaración del laudo arbitral.

Mediante Auto No. 29 del 8 de octubre de 2015, el Tribunal de Arbitramento resolvió las solicitudes de aclaración y complementación del laudo arbitral, en los siguientes términos:

En cuanto a la solicitud de complementación presentada por AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P, el Tribunal de Arbitramento se pronunció en los siguientes términos:

"Respecto a la complementación de la condena en costas de los gastos que fueron efectivamente pagados al Dr. César Mauricio Ochoa y cuyos comprobantes se anexaron con el escrito de aclaración y complementación del laudo del día dos (2) de octubre de 2015, el Tribunal no accederá dicha solicitud, por lo siguiente:

El artículo 365, Núm. 8 de la Ley 1564 de 2012, reza:

‘Art. 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación’.

Así, pues, para la fecha de expedición del laudo arbitral -25 de septiembre de 2015-, en el expediente no había prueba del pago efectuado por AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. al Dr. CÉSAR MAURICIO OCHOA PÉREZ y dichos comprobantes solo se aportaron de manera posterior al Laudo Arbitral.

Nótese como el Tribunal, en el Núm. 5, Lit. F "Costas", advirtió que AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. no había acreditado el pago al perito, razón por la cual no podía insertarse suma alguna a la liquidación de costas.

Así las cosas, la liquidación de las costas no podrá ser objeto de complementación, puesto que, por la naturaleza del proceso arbitral, el cual finaliza o termina con el Laudo Arbitral, la liquidación de las costas debe hacerse en el mismo Laudo y no de manera posterior, tal como sucede en la jurisdicción ordinaria o permanente. Por ello, y aunque el Tribunal no pone en duda el pago efectuado al perito, la agregación de un nuevo rubro o ítem a la condena en costas, no es procedente por cuanto que no encaja en ninguno de los enunciados normativos de que tratan los artículos 285, 286 y 287 de la Ley 1564 de 2012 "Código General del Proceso"’.

En relación con la solicitud de aclaración presentada por la empresa convocante, AGUAS DE URABÁ S.A E.S.P., el Tribunal manifestó:

“Literal a). El Tribunal considera pertinente aclarar el párrafo final de la página 27 del laudo, cuyo tenor literal es como sigue:

‘Por ende, en términos generales Aguas de Urabá S.A. E.S.P. tenía el derecho a sufragar los gastos generales de operación y a pagar las contribuciones a las que hubiera lugar y a cobrar una remuneración sobre los ingresos efectivamente recaudados.’

El párrafo aclarado, quedará de la siguiente manera:

‘Por ende, en términos generales Presea Apartadó S.A. E.S.P. tenía el derecho a sufragar los gastos generales de operación y a pagar las contribuciones a las que hubiera lugar y a cobrar una remuneración sobre los ingresos efectivamente recaudados’.

Literal b). Considera el Tribunal procedente aclarar el inciso 4° de la página 30 del laudo, inciso que reza como sigue:

“Pese a que el Tribunal, dentro de la labor ejecutada como juez del conocimiento del proceso, haya desarrollado tareas tendientes a

evaluar la procedencia de las pretensiones denominadas glosas formuladas por Aguas de Urabá S.A. E.S.P. y la respuesta que a cada una de ellas se dio, lo que el Tribunal termina concluyendo es que dicha labor es improcedente desde el punto de vista de la decisión que ahora toma en relación con la pretensión segunda principal y las diferentes glosas que la conforman, porque lo cierto es que no habiendo podido Presea Apartadó S.A. E.S.P. retener unilateralmente sumas de dinero, la misma, independientemente de las razones que condujeron a tal retención, en cada uno de los casos relacionados con cada glosa, no podía haber realizado dicha retención, y que le hubiera correspondido a Aguas de Urabá S.A. E.S.P., en el curso del contrato, formular las diferentes reclamaciones relacionadas con cada uno de los ítems que unilateralmente retuvo y en el evento de que dichas reclamaciones no llegaren a buen puerto, incoar las acciones contractuales relacionadas con cada una de ellas."

Y, luego de la aclaración, quedará del siguiente tenor:

"Pese a que el Tribunal, dentro de la labor ejecutada como juez del conocimiento del proceso, haya desarrollado tareas tendientes a evaluar la procedencia de las pretensiones denominadas glosas formuladas por Aguas de Urabá S.A. E.S.P. y la respuesta que a cada una de ellas se dio, lo que el Tribunal termina concluyendo es que dicha labor es improcedente desde el punto de vista de la decisión que ahora toma en relación con la pretensión segunda principal y las diferentes glosas que la conforman, porque lo cierto es que no habiendo podido Presea Apartadó S.A. E.S.P. retener unilateralmente sumas de dinero, la misma, independientemente de las razones que condujeron a tal retención, en cada uno de los casos relacionados con cada glosa, no podía haber realizado dicha retención, y que le hubiera correspondido a Presea Apartadó S.A. E.S.P., en el curso del contrato, formular las diferentes reclamaciones relacionadas con cada uno de los ítems que unilateralmente retuvo y en el evento de que dichas reclamaciones no llegaren a buen puerto, incoar las acciones contractuales relacionadas con cada una de ellas."

Lit. c). No tiene problema alguno el Tribunal, pese a que la solicitud de aclaración aparezca en este tópico innecesaria, en aclarar el párrafo del laudo que comienza en el aparte final de la página 30 del mismo y continua en la página 31, párrafo que reza:

'No sobra hacer mención que el contrato es ley para las partes, en virtud de la disposición normativa consagrada en el artículo 1602 del Código Civil ('Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales').

Y en el contrato celebrado por Aguas de Urabá y Presea S.A., ambos contratantes adelantaron la etapa de liquidación del contrato sin que en dicha etapa se hubiera acordado por las partes la solución de las diferencias y en dicha etapa quedó evidente que Presea S.A. había ejercido de manera unilateral lo que asumió, eran sus derechos, vulnerando así las estipulaciones contractuales y el principio de la buena fe que rige la relación contractual en desarrollo de los artículos 1603 del código civil y 871 del código de comercio.'

Con la aclaración solicitada, el párrafo quedará con el siguiente texto:

‘No sobra hacer mención que el contrato es ley para las partes, en virtud de la disposición normativa consagrada en el artículo 1602 del Código civil ("Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales").

Y en el contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto en el municipio de Apartadó celebrado por Aguas de Urabá S.A. E.S.P. y Presea Apartadó S.A. E.S.P., ambos contratantes adelantaron la etapa de liquidación del contrato sin que en dicha etapa se hubiera acordado por las partes la solución de las diferencias y en dicha etapa quedó evidente que Presea Apartadó S.A. E.S.P. había ejercido de manera unilateral lo que asumió, eran sus derechos, vulnerando así las estipulaciones contractuales y el principio de la buena fe que rige la relación contractual en desarrollo de los artículos 1603 del código civil y 871 del código de comercio.’

Lit. d). El Tribunal accederá a la aclaración del Núm. 7, Lit F "Costas" del Laudo, el cual en su texto original expresa:

"7. En síntesis, los valores por concepto de costas, a cargo de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., son los siguientes:

CONCEPTO	VALOR	INTERESE S DE MORA	FECHA INTERESES DE MORA	VALOR
Gastos y Honorarios pagados por PRESEA APARTADÓ	\$28.375.713,17	Art. 884 del C. de Co	Desde la fecha de ejecutoria del Laudo	\$28.375.713,17
Agencias en Derecho	\$11.886.600,60	Art. 1617, Núm. 1 Inc. 2 del C.C.	Desde la fecha de ejecutoria del Laudo	\$11.886.600,60
TOTAL COSTAS \$40.262.313,77				

(...)"

Con la aclaración solicitada, el texto quedará así:

"7. En síntesis, los valores por concepto de costas, a cargo de PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., son los siguientes:

CONCEPTO	VALOR	INTERE	FECHA	VALOR
----------	-------	--------	-------	-------

		SES DE MORA	INTERESES DEMORA	
Gastos y Honorarios pagados por AGUAS DE URABÁ SA ESP	\$28.375.713,17	Art. 884 del C. de Co	Desde la fecha de ejecutoria del Laudo	\$28.375.713,17
Agencias en Derecho	\$11.886.600,60	Art. 1617, Núm. 1 Inc. 2 del C.C.	Desde la fecha de ejecutoria del Laudo	\$11.886.600,60
TOTAL COSTAS \$40.262.313,77				

(...)"

En lo referente a las solicitudes de aclaración presentadas por la empresa PRESEA APARTADÓ S.A E.S.P., el Tribunal Arbitral manifestó:

“Núm. 1 y 2. En la página 32, párrafo 4°, del laudo arbitral, se lee lo siguiente:

‘Básicamente en la pretensión confusamente formulada lo que se plantea es que

no habiendo Presea Apartadó S.A. E.S.P. pagado en tiempo los excedentes por determinados meses, es decir no habiéndolos pagado dentro de los 10 días siguientes de cada mes, por periodos vencidos de recaudo, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1° de la cláusula quinta del contrato, cláusula que se cita a continuación y habiendo pagado Presea Apartado a Aguas de Urabá el 22 de noviembre de 2012, la suma de \$385.945.951, se proceda a imputar el pago realizado el 22 de noviembre de 2012, a los intereses moratorios causados en relación con los excedentes de ciertos periodos mensuales no pagados en tiempo y que hecha dicha imputación se proceda a enjugar con dicha suma parcialmente el capital adeudado, debiendo proceder el Tribunal a liquidar así la suma que Presea Apartadó S.A. E.S.P. quedó debiendo a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. por el no pago oportuno de los excedentes.’

El Tribunal procede a aclarar el laudo, dando curso a las aclaraciones que se solicitan bajo los numerales 1 y 2, quedando, entonces el siguiente texto:

"Básicamente en la pretensión confusamente formulada lo que se plantea es que no habiendo Presea Apartadó S.A. E.S.P. pagado en tiempo los excedentes por determinados meses, es decir no habiéndolos pagado dentro de los 10 días siguientes de cada mes, por periodos vencidos de recaudo, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1° de la cláusula quinta del contrato, cláusula que se cita a continuación y habiendo pagado Presea Apartado a Aguas de Urabá el 22 de noviembre de 2011, la suma de \$385.945.951, se proceda a

imputar el pago realizado el 22 de noviembre de 2011, a los intereses moratorios causados en relación con los excedentes de ciertos períodos mensuales no pagados en tiempo y que hecha dicha imputación se proceda a enjugar con dicha suma parcialmente el capital adeudado, debiendo proceder el Tribunal a liquidar así la suma que Presea Apartadó S.A. E.S.P. quedó debiendo a Aguas de Urabá S.A. E.S.P. por el no pago oportuno de los excedentes.'

Núm. 3. En lo que hace a la aclaración solicitada en el numeral 3, respecto de lo que se dice en la página 41, ordinal f, numeral 2°, el Tribunal considera que dicha aclaración, que sería fundamentalmente una corrección, es improcedente por cuanto, en primer lugar, el Tribunal es libre de determinar el porcentaje al cual se hace referencia, habiéndolo determinado en un setenta por ciento (70%) y, en segundo lugar, porque en términos de capital adeudado, la pretensión segunda principal excede el monto reclamado en la pretensión tercera principal y obviamente en la pretensión primera principal, la cual carece de cuantía y, en tercer lugar, porque el número de pretensiones reconocidas como procedentes, no es el baremo que debe ser forzosamente considerado para efectos de la fijación del porcentaje en mención.

En síntesis, el Tribunal no accede a la aclaración solicitada puesto que el Tribunal no consideró que las peticiones fueran iguales, sino que dentro de su libre arbitrio estimó que debería ser el setenta por ciento (70%).

Núm. 4. El Tribunal negará la aclaración por cuanto que no hay error o yerro en la liquidación de las costas”.

En lo referente a la solicitud de aclaración presentada por Presea Apartadó S.A E.S.P. el día 8 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral la negó, en primer lugar, por considerarla extemporánea y, en segundo lugar, porque la aplicación del artículo 192 del C.P.A.C.A., se predica frente a la condena proferida contra entidades públicas, que no es el caso.

Con fundamento en las consideraciones transcritas, el Tribunal de Arbitramento resolvió:

“1. Con fundamento en la parte motiva de esta providencia NEGAR, la solicitud de complementación del Laudo Arbitral solicitada por AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.

2. Con fundamento en la parte motiva de esta providencia, ACCEDER a las solicitudes de aclaraciones del Laudo Arbitral solicitadas por AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P, contenidas en los literales "a", "b", "e" y "d" y, por ende, tener por aclarado el Laudo, tal como quedó escrito en esta providencia.

3. Con fundamento en la parte motiva de esta providencia, ACCEDER a las solicitudes de aclaraciones del Laudo Arbitral

solicitadas (sic) por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., contenidas en los numerales 1 y 2 y, por ende, tener por aclarado el Laudo, tal como quedó escrito en esta providencia.

4. Con fundamento en la parte motiva de esta providencia, NEGAR las solicitudes de aclaración del Laudo Arbitral solicitadas (sic) por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., contenidas en los numerales 3 y 4.

5. Negar la solicitud presentada de manera extemporánea el día ocho (8) de octubre de 2015, por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P.”.

1.10 La impugnación del laudo arbitral.

La sociedad convocada interpuso de manera oportuna, el 24 de noviembre de 2015, recurso extraordinario de anulación para controvertir el laudo arbitral mediante la proposición de las siguientes causales de anulación:

- Caducidad de la acción.
- Falta de competencia.
- Haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho.
- Contener el laudo disposiciones contradictorias.
- Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido y no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento⁵.

La exposición de los argumentos con fundamento en los cuales se propuso cada una de las causales en mención, será realizada en el acápite de consideraciones del presente proveído.

1.11 Oposición a la impugnación.

La parte convocante, mediante escrito radicado el 18 de diciembre 2015, se opuso a la prosperidad de las causales de anulación esgrimidas por Presea Apartadó S.A. E.S.P.; los planteamientos expuestos en su oposición al recurso extraordinario de anulación por parte de Aguas de Urabá S.A. E.S.P. serán igualmente relacionados en el acápite de consideraciones de esta providencia⁶.

⁵ Fls. 2.196-2.241, c. Consejo de Estado.

⁶ Fls. 2.250-2.259, c. Consejo de Estado.

1.12 Tanto el Ministerio Público como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se abstuvieron de pronunciarse dentro de este asunto.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Régimen legal aplicable al presente caso.

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012⁷ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido Estatuto⁸, por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el aludido conjunto normativo.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que sólo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563⁹.

2.2 Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.

De conformidad con lo previsto por el numeral 7 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, Ley 1437 de 2011– y con lo normado en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto

⁷ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: “**Artículo 119. Vigencia.** Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”.

⁸ La demanda arbitral se presentó el día 30 de enero de 2014.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena–, providencia de 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922); Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Pues bien, el laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala se dictó con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó, celebrado el 26 de agosto de 1996 y en el cual las sociedades convocante y convocada adquirieron la condición de partes, de acuerdo con lo relatado en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes¹⁰.

A juicio de la Sala, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, comoquiera que Aguas de Urabá tiene la condición de entidad estatal, por tratarse de una sociedad en la cual Empresas Públicas de Medellín —EE.PP.MM. E.S.P.—, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, tiene una participación accionaria directa del 56%¹¹. La convocante es, pues, una entidad estatal en la modalidad de empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, cuya naturaleza y definición legal se encuentra consagrada con toda precisión en el artículo 17¹² de

¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; Consejera ponente: Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras decisiones.

¹¹ Según certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, visible a folios 33 a 35 del cuaderno 1.

¹² Así reza el texto del artículo 17 de la Ley 142 de 1994:

“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

“PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.

la Ley 142 de 1994 –según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán con la sigla “ESP”–, tal como lo prescribe el artículo 19¹³ de esa misma normatividad, de donde se tiene que Aguas de Urabá S.A. E.S.P. constituye una de las diferentes especies que integran el género de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tal como se infiere de lo preceptuado por el artículo 15 de la citada Ley 142¹⁴.

Acerca de este punto conviene precisar que la expresión “empresas de servicios públicos”, utilizada en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 con el fin de señalar a los únicos sujetos destinatarios de sus disposiciones, incluye por igual a todas las modalidades que pueden adoptar esas sociedades, de conformidad con la clasificación que al respecto recoge el artículo 14¹⁵ de la misma Ley 142, esto

¹³ A continuación se transcribe el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

“19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “E.S.P.”.

“19.2. La duración podrá ser indefinida.

“19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.[...]”

¹⁴ *“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:*

“15.1. Las empresas de servicios públicos.

“15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

“15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

“15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

“15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

“15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.

¹⁵ El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al clasificar los diferentes tipos de Empresas de Servicios Públicos, dispuso:

“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

“14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

“14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

es ESP oficiales, mixtas o privadas. Ello por cuanto, de una parte, la norma no hace distinción alguna al respecto y, de otra parte, más importante aún, porque el inciso segundo resulta en extremo claro al señalar que ese artículo 32 “... se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social...”.

Por manera que el régimen de derecho privado que consagra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 para los actos de todas las empresas de servicios públicos, resulta plenamente aplicable en tratándose de la Empresa Aguas de Urabá S.A. E.S.P., puesto que la misma es una sociedad por acciones, de naturaleza mixta, que tiene por objeto la prestación de tales servicios.

Pues bien, dentro del marco legal que se deja expuesto, se encuentra que el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado en el cual se originó el litigio *sub judice*, es un contrato estatal, dado que esta actividad hace parte de los servicios públicos domiciliarios respectivos —acueducto y alcantarillado—, en los términos del artículo 14.22 y 14.23 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual se encuentra sometido al régimen del derecho privado —Ley 142 de 1994 y, en su defecto, por remisión de ésta a las normas civiles y comerciales—.

En tales términos se cumplen los requisitos previstos por el numeral 7° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, para que esta Corporación, a través de su Sección Tercera, conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto.

De otro lado, conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012¹⁶, toda vez que la audiencia convocada para resolver la solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral se celebró el 8 de octubre de 2015 y lo allí decidido se notificó por estrados, de suerte que el término para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral corrió desde el 9 de octubre hasta

¹⁶ El artículo en mención preceptúa: “Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición”.

el 24 de noviembre de 2015 y el escrito de impugnación extraordinaria fue presentado, precisamente, en esta última fecha¹⁷.

2.3 El recurso extraordinario de anulación: su naturaleza y sus características¹⁸.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado, de manera reiterada, cuáles son la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

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

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, **en principio**, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es errores *in iudicando*, es decir para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró, o no, de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo, o no, un *yerro* en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de

¹⁷ Fls. 2.196-2.241, c. Consejo de Estado.

¹⁸ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

anulación de manera puntual y taxativa previstas en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra¹⁹, en consecuencia, **en principio** no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación²⁰.

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”*²¹.

vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el aludido recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación, **en principio**, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

2.4 Análisis de las causales de anulación invocadas por la impugnante.

2.4.1 Caducidad de la acción.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379.

2.4.1.1 Argumentos del recurrente.

Sostuvo la parte convocada que la demanda arbitral que dio origen al proceso *sub lite* fue presentada el 30 de enero de 2014 y que para ese momento había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, por cuanto había transcurrido ya el término perentoriamente fijado en el CPACA para el ejercicio de la acción única con pretensión de controversias contractuales; ello en consideración a que el contrato de operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó, que obra en el expediente, consagraba en su cláusula tercera una duración de quince (15) años *"contados a partir de su firma"*. Se advirtió, además, que podía ser prorrogado, pero sólo *"por acuerdo previo y escrito entre las partes"*.

Pues bien, señaló la impugnante que las partes liquidaron el contrato objeto de controversia el día 31 de enero de 2012, pero debe tenerse en cuenta que la cláusula 17 de dicho negocio jurídico previó que su vigencia, una vez terminado por cualquier motivo, *"se prolongaría por el término estrictamente necesario para su liquidación, la que en ningún caso podrá exceder de tres meses"*; de manera que, habiendo las partes pactado un término para la liquidación del contrato que *"en ningún caso"* podía exceder de tres meses a partir de su finalización y, además, teniendo el contrato una duración que no fue modificada de manera previa a su vencimiento, mediante documento escrito, como también se previó, se tiene, en primer lugar, que las actuaciones posteriores al vencimiento del plazo, no constituyeron una continuación de la duración del contrato por fuera del término pactado y, en segundo término, que en el momento de practicarse la liquidación —31 de enero de 2012—, se estaba por fuera de la competencia temporal para liquidar el contrato, pues ya habían transcurrido los tres meses que las partes dispusieron para este propósito.

Lo anterior habida cuenta de que el artículo 164 del CPACA, en su numeral 2, literal g, ordinal V, dispone que la oportunidad para ejercitar el medio de control de controversias contractuales, tratándose de contratos que requieran de liquidación —si ésta no se logra por mutuo acuerdo o no se practica por la administración unilateralmente—, es el término de dos (2) años contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o a partir del vencimiento del de los dos meses siguientes a la expiración del anterior, para que la Administración lo liquide de manera unilateral. En ese orden de ideas, si el

contrato *sub examine* finalizó el 26 de agosto de 2011 y se pactó en él un plazo máximo de tres meses para liquidarlo, que vencieron el 26 de noviembre de 2011, se tiene —según lo expuesto en el recurso— que adicionando a partir de éste último día los dos meses que indica la norma en cita para empezar a computar el término de dos años, la caducidad en el caso presente operó a partir del 27 de enero de 2014. Comoquiera que la demanda fue presentada el 30 de enero de 2014, ya había operado para entonces el fenómeno de la caducidad de la acción.

Asimismo, censuró la sociedad impugnante que en el laudo se presenta forzosamente una supuesta prórroga al término de liquidación del contrato que en realidad no existió y que, aún de haberse producido, en la forma que se narra en la decisión atacada, carecería de toda validez, pues se reseña que dicha prórroga se habría convenido a través de mensajes de correo electrónico, pero se aplican de forma incompleta las normas que regulan en Colombia la emisión de mensajes electrónicos y su configuración como documentos con validez probatoria, pues la referencia a la Ley 527 de 1999 omite señalar que el mensaje electrónico requiere, para atribuirle efectos como el que se le asigna en la decisión arbitral, de una firma digital y de que medie una entidad de certificación.

Sostiene la recurrente que esos mensajes de datos en los cuales los árbitros se basaron para sostener la inoperancia de la caducidad, carecen del valor probatorio que se les atribuye, pero, además, sus remitentes —de parte de Aguas de Urabá hasta secretarías y funcionarias del área financiera— aunque los hubiesen enviado con firma digital y a través de firmas certificadoras, no tenían la facultad para modificar, por sí solos y sin autorización de sus órganos respectivos, el contrato, como quiera que se está ante un contrato estatal —no de un supuesto mandato—, que debe constar por escrito y está sujeto a mínimas formalidades que derivan también de los principios constitucionales de publicidad y transparencia, pero sobre todo requieren de la autorización previa de los representantes legales del órgano competente, para el caso, las respectivas juntas directivas.

Sin embargo, en relación con esta causal precisó la parte recurrente cuanto se transcribe a continuación:

“Cierto es que la caducidad no fue objeto de excepción al contestar la demanda, pero su ocurrencia fue advertida a los señores árbitros en los alegatos

de conclusión (página 32, numeral 60). Adicionalmente, por estar frente a un contrato estatal, que por ende involucra a una entidad estatal en la controversia, tratándose de una institución procesal de orden público, existía para los árbitros la obligación de declararla de oficio y, por ello, mal podría descartarse esta petición fundado en el hecho de que no se alegó durante el trámite arbitral, exigencia que de seguro puede regir para las controversias que involucren exclusivamente particulares, para controversias originadas en un contrato de idéntica naturaleza” *(se deja destacado)*.

2.4.1.2 Oposición a la causal.

En cuanto a la solicitud de anulación por caducidad y por falta de competencia del Tribunal, la parte convocante señaló que tales pretendidas deficiencias no fueron alegadas ni en la contestación de la demanda inicial ni durante el traslado de la reforma a la misma, por lo que resultan improcedentes de conformidad con lo normado en materia de arbitraje por el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

2.4.1.3 Análisis de la Sala.

La Ley 1563 de 2012, en su artículo 41 numeral 2º, estableció como nueva causal de anulación, la caducidad de la acción, en adición a la falta de jurisdicción y la falta de competencia. Lo anterior da a entender que cada uno de los institutos jurídicos relacionados por la disposición en cita debe ser analizado por separado, en razón a que cada uno de ellos cuenta con un alcance y una regulación normativa diferente.

De otra parte, debe recordarse que en lo que respecta a las causales de anulación del laudo arbitral recogidas en los numerales 1, 2 y 3 del citado artículo 41, resulta ser presupuesto indispensable que la circunstancia o el vicio constitutivo de aquellas se alegue expresamente en la primera audiencia de trámite, so pena de su saneamiento. En efecto, dispone el penúltimo inciso del multicitado artículo 41 de la Ley 1563 que “[L]as causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia...”.

En primer lugar, observa la Sala que el recurrente apoya su recurso en la interpretación errada que habría hecho el Tribunal de Arbitramento acerca de los correos electrónicos que se cruzaron las partes, por cuanto ese Tribunal estimó que los mismos evidenciaron la continuidad del contrato y permitieron establecer una fecha de terminación cierta y distinta de la que inicialmente habían previsto las partes.

Para la Sala y como precedentemente lo ha sostenido la Sección Tercera, *“no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar si la decisión que declaró infundadas las excepciones de caducidad o prescripción y cosa juzgada planteadas fue ajustada o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal o causales invocadas, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por los árbitros”²²*.

A ello se agrega que, ante el hecho de que el recurrente no interpuso en la primera audiencia de trámite recurso de reposición contra el auto que avocó competencia —pues debió impugnar tal decisión al considerar que el Tribunal carecía de dicha competencia para decidir en razón a que, según su parecer, el medio de control de controversias contractuales había caducado—, ante esa realidad procesal y habida consideración de la perentoriedad de lo normado por el penúltimo inciso del citado artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en el sentido de que las causales de anulación 1, 2, y 3 no podrán invocarse como tales cuando no se alegaron expresamente.

Vale la pena observar que la Sala encuentra respetable la interpretación del Tribunal de Arbitramento acerca de la fecha de terminación del contrato, para efecto del cómputo de la caducidad de la acción, teniendo en cuenta el régimen de derecho privado del contrato y las reglas de interpretación del mismo, en el caso sub lite.

Por lo demás, sobre ese particular, resulta evidente para la Sala que la determinación de asumir competencia por parte del Tribunal Arbitral, adoptada durante la primera audiencia de trámite y mediante Auto del 22 de julio de 2014,

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014; Consejera ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz; Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00036-00(50218)

implicaba para el Tribunal que la acción contractual impetrada no estaba caducada y, ante esa decisión, el ahora recurrente guardó silencio —como expresamente lo reconoce en su escrito de impugnación del laudo arbitral— por lo que no podía con posterioridad invocarla como causal de anulación, por mandato expreso de la disposición antes citada, razón de más y suficiente para rechazar la causal de anulación propuesta.

2.4.2 Falta de competencia.

2.4.2.1 Argumentos del recurrente.

Fundó su alegación de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento en el hecho de que las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso versan sobre una controversia surgida en la etapa de liquidación del contrato, cuando la cláusula compromisoria sujetó al conocimiento arbitral las controversias atinentes al contrato y a su ejecución, no las surgidas durante su liquidación. Y es que la cláusula décima tercera del contrato establece que “[T]oda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a ...”

Según lo entiende la impugnante, si se admitiera que la expresión “*con este contrato*” cubre todas sus etapas, no habría sido necesario diferenciar la fase de ejecución, de la subsiguiente de liquidación, que fue precisamente aquella durante la cual surgió la controversia.

2.4.2.2 Oposición a la causal.

Tal y como se reseñó en precedente apartado de este pronunciamiento, en cuanto a la solicitud de anulación por caducidad y por falta de competencia del Tribunal, la parte convocante señaló que tales pretendidas deficiencias no fueron alegadas ni en la contestación de la demanda inicial ni durante el traslado de la reforma a la misma, por lo que resultan improcedentes de conformidad con lo normado en materia de arbitraje por el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

2.4.2.3 Análisis de la Sala.

Como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³, al inicio del proceso arbitral el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, de conformidad con el alcance del denominado principio *kompetenz-kompetenz*²⁴. Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes²⁵. El citado principio *kompetenz-kompetenz* estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998 y actualmente lo recoge el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno contencioso administrativo, sin perjuicio de la procedencia del recurso de anulación contra la decisión que respecto de dicho extremo adopte el Tribunal Arbitral. Según lo previsto en el artículo 30 *ibídem*, la decisión sobre competencia debe tomarse en la primera audiencia de trámite, por medio de auto contra el cual sólo procede el recurso de reposición.

En este contexto, la propia jurisprudencia constitucional citada ha reafirmado que

“... cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto. Si el tribunal decide que es competente para conocer del caso, existe un instrumento legal adecuado para impugnar esta decisión: el recurso de reposición. Si el recurso se decide de manera desfavorable, es necesario esperar a que el tribunal se pronuncie de fondo, para controvertir su competencia por medio del recurso de anulación, e incluso por medio de la acción de tutela.

Para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que es un recurso extraordinario, es menester considerar las causales previstas por en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en especial las de sus tres primeros numerales **y la exigencia del décimo inciso del mismo artículo, según la cual estas causales sólo pueden invocarse si “el recurrente hizo valer los**

²³ Corte Constitucional, sentencia C-572-A de 2014.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-765 de 2013.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007.

motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

4.5.4.2. Para el ejercicio de la acción de tutela, que también procede contra los laudos arbitrales, además de satisfacer las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción, es relevante la causal específica del defecto orgánico, que se produce cuando una atribución se ejerce por un órgano que no es su titular. El principio kompetenz-kompetenz implica que el tribunal de arbitramento tiene un margen de autonomía para fijar su propia competencia, de modo que para que se configure un defecto orgánico es necesario que el tribunal haya ‘obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles’”²⁶ (*énfasis añadido*).

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala resulta clara la improcedencia de estudiar el contenido de los planteamientos expuestos por la convocada para sustentar este cargo en el recurso extraordinario de anulación, comoquiera que la falta de competencia del Tribunal que alega en su impugnación del laudo arbitral no fue puesta de presente a dicho Tribunal a través de la interposición del recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento avocó el conocimiento del litigio, presupuesto legal de procedencia de la invocación de la causal de anulación respectiva del laudo que se echa en falta en el presente asunto y que resulta suficiente para desestimar al aludido ataque planteado en contra de la decisión recurrida.

2.4.3 Haberse fallado en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho.

2.4.3.1 Argumentos del recurrente.

Señaló que con la salvedad en el sentido de que, a su entender, la cláusula compromisoria que dio origen al proceso en el marco del cual fue dictado el laudo cuya anulación se depreca no incluía las controversias suscitadas con posterioridad a la ejecución del contrato, debe advertirse que en dicha cláusula las partes acordaron un arbitramento en derecho. No obstante, en su sentir el laudo impugnado es catalogable como un *fallo en conciencia por déficit normativo*, pues los árbitros desconocieron la naturaleza estatal del contrato sometido a su

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-572-A de 2014.

conocimiento y eludieron aplicar la normatividad que rige los servicios públicos domiciliarios, que debía ser tenida en cuenta habida consideración de la naturaleza misma de dicho contrato y, consecuencialmente, era el régimen aplicable para determinar realmente las obligaciones a cargo de las partes.

Cuestionó la impugnante que, de entrada, el Tribunal Arbitral hubiera ubicado al contrato de operación de marras en una tipología negocial que le es ajena —la del mandato—, conclusión a la cual sólo podría arribarse inaplicando el régimen jurídico establecido para un prestador de servicios públicos domiciliarios; pero además de eso, señaló la impugnante que a partir de tal razonamiento, el Tribunal consideró que ni siquiera necesitaba acudir al examen del material probatorio recaudado en el plenario, pues la anotada conclusión bastaba para dirimir la controversia.

Con tal razonamiento, concluyó la impugnante, el laudo censurado derivó en un fallo en conciencia, pues tan protuberantemente se desconocen la génesis del contrato, al igual que la evolución normativa misma de la regulación en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios y los antecedentes históricos, constitucionales y legales en virtud de los cuales los particulares entran a reemplazar al Estado en una actividad hasta entonces reservada en forma monopólica a sus agentes o a las entidades territoriales. Afirmó el recurrente que el contrato de operación *“no es un simple mandato, en el cual encaja residualmente toda relación negocial que no siendo típica, comporta que una persona, entonces sí llamada mandante, encomienda a otra, denominada mandatario, la gestión de uno o varios negocios”*.

Eso —aseguró— bien puede ser así en negocios estrictamente civiles, en relaciones entre particulares, pero jamás en una materia tan sensible como la prestación de servicios públicos domiciliarios, en la cual desconocer tal situación, razonar de espaldas a semejante realidad, deriva sin duda en una decisión en conciencia, que no en derecho, pues esta última supone precisamente aplicar las normas que realmente rigen la relación negocial para así, con base en el contrato, en la propuesta del contratista, en el pliego de condiciones y en las normas del sector, establecer si Presea Apartadó podía o no pagar con los recursos del sistema la indemnización del personal que le sirvió durante 15 años; si Presea tenía o no derecho a recibir remuneración por el componente de la tarifa llamado subsidios; si Presea podía o no pagar con cargo al sistema las tasas retributivas

por vertimientos de alcantarillado que fueron pagados a la autoridad ambiental por este concepto; en fin, cada uno de los aspectos que las partes debatieron al liquidar su contrato y que llevaron a someter sus diferencias al conocimiento del Tribunal Arbitral para que éste se pronunciara en derecho, vale decir con fundamento en las normas realmente aplicables al caso.

Para la recurrente se está en presencia de un laudo que sólo posee la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico, pero sin que éste desempeñe realmente papel alguno en la cadena justificativa que los árbitros construyeron con el propósito de motivar su determinación, que les bastó para despachar el asunto con impresionante simpleza, al punto que ni siquiera estimaron necesario reparar en el amplio desarrollo probatorio que tuvo lugar dentro del proceso. Adicionalmente, pues, a juicio de la impugnante, en el laudo censurado se constata el dictado de un *fallo en conciencia por déficit probatorio*, comoquiera que los árbitros desconocieron en su decisión íntegramente el acervo probatorio recaudado.

2.4.3.2 Oposición a la causal.

Frente al alegado fallo en conciencia por déficit normativo, sostuvo la parte convocante que la sociedad impugnante confunde la anulación con un recurso ordinario y propone argumentaciones que no encajan apropiadamente con la naturaleza y fines de dicho medio extraordinario de impugnación del laudo. Criticó que en el recurso *“entre otros exabruptos se propone la inaplicabilidad de la normativa del mandato en abierto desconocimiento de los cánones de interpretación de los contratos, proponiendo que se trata de un contrato con una modalidad ajena y separándolo del conjunto de normas que regulan el mandato por un supuesto déficit normativo”*. Adicionalmente, señaló que la impugnación desconoce que la decisión del Tribunal Arbitral *“se basó en normas estrictamente contractuales, derivadas de la autonomía de la voluntad y de la libre configuración contractual que emana de lo dispuesto en el art. 1602 del CC”*.

Aseguró la convocante que yerra el recurso al invocar en un sinfín de ocasiones el hecho de que el originario de la controversia es un contrato estatal, pero eludir la precisión en el sentido de que dicho contrato se gobierna por derecho privado, tal y como lo dispone la propia Ley 142 de 1994, por lo que el régimen de liquidación aplicado derivó del acuerdo contractual, que pudo

precisamente ser modificado por esa razón, de lo cual existen pruebas además de los correos electrónicos, como las memorias presentadas durante el descorrimiento del traslado de la contestación de la demanda.

En lo atinente al alegado fallo en conciencia por déficit probatorio, expresó la parte convocante que *“la suficiencia o no de las pruebas la determina el juez en el fallo (en este caso los árbitros en el laudo). Puesto que la prueba está orientada es a generar la certeza en este para tomar una decisión de fondo”*. Añadió que, *“por otro lado, el expediente que se obtuvo de otro proceso, probó que PRESEA anuló facturas que había cargado a ejercicios financieros que después cobró nuevamente cuando logró éxito y una posterior conciliación con CORANTIOQUIA. Todos aspectos que se señalaron acompañados de otras pruebas indiciarias en alegatos”*. Sin embargo, insistió en que *“la anulación no debe ser un escenario para revivir las alegaciones de la única instancia”*, para concluir que

“[E]n ningún momento el tribunal falló con fundamento en criterios de justicia; muy por el contrario se tomó la decisión con fundamento del soporte brindado por las normas, principios legales que integran el ordenamiento jurídico, y aun cuando los mismos no sean de agrado de la parte vencida en el proceso no se puede llegar a tan grave afirmación como que se falló en conciencia”.

2.4.3.3 Análisis de la Sala.

La Sección Tercera ha precisado que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso²⁷.

Otro aspecto de capital importancia que ha sido resaltado por la Sección Tercera en relación con esta causal de anulación es el consistente en que no puede confundirse el fallo en conciencia con la consideración o calificación que pueda hacerse de una decisión como equivocada²⁸:

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, exp. 31.887 y de 6 de julio de 2005, exp. 28.990. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

“(…) 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 ...” (se destaca).

Posteriormente²⁹, la Sección Tercera de esta Corporación realizó algunas consideraciones en punto de precisar que el fallo en Derecho no es aquel en el cual se haga una simple o mínima referencia al derecho positivo, sino que además se requiere que esta alusión a preceptos normativos constituya el fundamento de la decisión y no una anotación marginal o descontextualizada de lo en ella resuelto:

“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual ‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’’, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.

La ‘más mínima referencia al derecho positivo’ _como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala_, hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea _pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación_, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32.896.

papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”.

Así las cosas, bajo este contexto normativo y jurisprudencial, debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos³⁰, a saber:

i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho.

ii) La decisión de los árbitros debe provenir básica y exclusivamente de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. En este caso el juez tiene libertad en la apreciación de la prueba³¹ y hasta podrá apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante será su decisión en conciencia, su íntima convicción.

iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, de la carga de la prueba y del fundamento del derecho sustantivo, precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo. Significa entonces que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción íntima e igualmente podrá no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo consultará su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad.

iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, estas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

Debe entenderse entonces que el laudo en conciencia estará determinado por alguno de los siguientes supuestos: *i)* la ausencia en su contenido y/o en su

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 27 de mayo de 2015; Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón; Radicación: 110010326000201400190-00 (52.930).

³¹ En sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 28.990, se enfatizó sobre la libertad de los árbitros en la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, con lo cual se reiteró el criterio expresado en sentencias de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766; de 27 de julio de 2000, exp. 17.591 y de 14 de junio de 2001, exp. 19.334.

fundamentación de normas del derecho positivo; *ii)* la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente, sin sujeción al marco jurídico o normativo aplicable; *iii)* la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y *iv)* la equidad como único apoyo de dicha decisión.

Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a ella en la actividad de administrar Justicia, no está haciendo alusión a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que la informan; la norma expresamente la establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor “justicia”.

Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y, por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, “*el valor justicia*”, de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está “*administrando justicia*” porque se parte del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar; de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos.

Igual sucede con las controversias que deben ser decididas por los particulares que se hallan investidos transitoriamente de la facultad de administrar Justicia. Como se dejó indicado anteriormente, existen tres categorías de arbitraje:

en derecho, en equidad o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas o de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima “*verdad sabida y buena fe guardada*”, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia.

Descendiendo los anteriores planteamientos al presente caso concreto, para la Sala resulta evidente la improcedencia del cargo propuesto mediante la invocación de la aludida causal de anulación, toda vez que la parte convocada pretende, sin dubitación alguna, reabrir el proceso arbitral en sus aspectos jurídicos y probatorios, con base en unos planteamientos y en unos cuestionamientos propios de una nueva instancia, sin que en realidad se hubiere edificado un cuestionamiento que consulte la técnica de causal invocada y mucho menos del recurso extraordinario de anulación. Así pues, la ausencia de técnica en la sustentación de la causal de anulación resultaría suficiente para declarar la improcedencia de la misma en el presente caso.

Sin embargo, la Sala estima pertinente agregar que el laudo arbitral controvertido no reúne uno solo de los elementos que definen un fallo en conciencia. En efecto, los árbitros determinaron, en primer lugar, la competencia que les asistía para dirimir la controversia; en segundo término, estudiaron y advirtieron la concurrencia de los presupuestos procesales legalmente exigidos para poder avocar el conocimiento de fondo del litigio; seguidamente delimitaron los problemas jurídicos a resolver y desarrollaron una argumentación coherente para despejarlos —más allá de que la misma pueda ser compartida, discutible o no, juicios éstos que, por las razones anotadas, escapan a los alcances del recurso extraordinario de anulación—, con fundamento en las normas que consideraron aplicables al caso y a partir de la documentación allegada al expediente, en especial del acta de liquidación del contrato y de las salvedades o glosas respectivas, además de los elementos demostrativos que a su juicio dieron

lugar a entender que se había prorrogado de mutuo acuerdo la oportunidad para llevar a cabo dicha liquidación.

Con fundamento en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales que estimaron pertinentes, se pronunciaron sobre la vocación de prosperidad de cada una de las pretensiones de la demanda, argumentos en modo alguno catalogables como propios de una decisión proferida en conciencia que sustentaron las decisiones consecuentes adoptadas en la parte resolutive del laudo.

Lo expuesto conduce a reafirmar que también esta causal de anulación del laudo impugnado debe declararse infundada.

2.4.4 Contener el laudo disposiciones contradictorias.

2.4.4.1 Argumentos del recurrente.

Sostuvo que el laudo arbitral cuya anulación se reclama contiene disposiciones contradictorias y errores por cambio de palabras que están en la parte motiva, pero que indudablemente influyen en la resolutive, yerros que fueron puestos de presente y materia de pronunciamiento en la audiencia de aclaraciones y complementaciones llevada a cabo el 8 de octubre de 2015. En primer lugar, expuso la impugnante, comoquiera que el laudo en sus páginas 26 y 27 afirma:

“El Tribunal, luego de observar el contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó, concluye que dicho contrato, pese a sus particularidades, se asemeja en principio al contrato típico de mandato, pues en efecto en virtud del contrato el operador recibe el encargo de desarrollar la tarea consistente en administrar la infraestructura de acueducto.

De acuerdo con el artículo 1268 del Código de Comercio, el mandatario debe rendir cuentas de su gestión y entregar al mandante lo que haya recibido por causa del mandato, por ende en principio la ley faculta al mandatario para retener los dineros que considere que se adeudan en ejercicio del contrato de mandato, lo cual no constituye un abuso del derecho, sino que simplemente implica

que el mandante puede objetar judicialmente, si lo considera pertinente, la rendición de cuentas que se hace al final del mandato.

(...)

Por ende, en términos generales Aguas de Urabá S.A. E.S.P. tenía el derecho a sufragar los gastos generales de operación y a pagar las contribuciones a las que hubiera lugar y a cobrar una remuneración sobre los ingresos efectivamente recaudados”.

De entrada, según lo expuso la impugnante, en la parte motiva del laudo, en un apartado sustancial de la misma, se aprecia un gravísimo error por cambio de palabras comoquiera que el Tribunal confundió que el mandatario es Aguas de Urabá, cuando en realidad es Presea Apartadó, adjudicándole a Aguas de Urabá —como mandatario— el derecho de retención de los dineros que considerara que se le adeudaban en ejercicio del mandato y asignándole a Presea Apartadó —como mandante— la obligación de objetar judicialmente dichas retenciones, cuando en realidad debía ser a la inversa. A partir de este error, se indicó en el recurso que el Tribunal Arbitral concluyó que Presea Apartadó no podía realizar retenciones —teniéndolo como mandante—, para después finalizar, en la página 31 del laudo, con la siguiente conclusión —la cual se materializa, en criterio del recurrente, en el ordinal A del numeral segundo de la parte resolutive del laudo—:

“Por esta razón y sin entrar siquiera a considerar los motivos por los cuales Presea Apartadó S.A. E.S.P. retuvo las sumas de dinero, el Tribunal accede a todas y cada una de las pretensiones que se formulan en la pretensión segunda, y condenará a Presea Apartadó S.A. E.S.P., a reembolsar las sumas retenidas, con los correspondientes intereses de mora”.

Agregó el recurso extraordinario impetrado que la incoherencia en la cual se incurrió en el laudo se hizo aún mayor cuando Aguas de Urabá solicitó que se corrigiera el citado error y el Tribunal Arbitral *“simplemente accede en la audiencia de aclaraciones y complementaciones realizada el 8 de octubre de 2015 a realizar el cambio de palabras, reconociendo que Presea Apartadó es el mandatario y Aguas de Urabá es el mandante, para entrar en una clara disposición contradictoria, en un acto ligero, pues con el cambio de palabras, estaba cambiando todo el sentido de la providencia”*. En criterio del recurrente, el aludido cambio varió sustancialmente la argumentación de la providencia al reconocer que PRESEA APARTADÓ sí tenía el derecho a efectuar los pagos y a cobrar su

remuneración, con lo cual se dejó *“sin argumentos jurídicos el resto de la disertación legal que realizó el Tribunal para justificar la parte resolutive del laudo”*.

A continuación, el recurrente expuso una serie de argumentos por cuya virtud entiende que la forma como se resolvieron la anterior y otras solicitudes de aclaración del laudo impugnado por parte del Tribunal Arbitral, resultó contradictoria con todo el proceso argumentativo desarrollado a lo largo de éste y, de contera, con la parte resolutive de dicha providencia.

2.4.4.2 Oposición a la causal.

En criterio de la sociedad convocada, el recurrente pretende *“confundir porque apartes determinantes de la parte motiva fueron oportunamente aclarados en la audiencia de aclaración y complementación del laudo, sin quedar lugar a duda sobre el sentido de la decisión en lo que respecta a la parte motiva”*.

2.4.4.3 Análisis de la Sala.

La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o por omisión o cambio de palabras o por alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal Arbitral, es la causal octava de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. La disposición en comento establece, entonces, de un lado, que la existencia de tales yerros o disposiciones contradictorias tenga lugar en la parte resolutive del laudo o que los mismos influyan de forma considerable en ésta y, de otro, un requisito de procedibilidad consistente en que las correspondientes circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a aquél en el cual se profirió la decisión arbitral se haya deprecado ora la corrección del error aritmético, por cambio de palabras o por alteración de éstas, ora la aclaración o complementación de la providencia en sus disposiciones contradictorias o en sus yerros por omisión, respectivamente.

Lo anterior a efectos de permitir que el Tribunal Arbitral tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en los cuales hubiere podido incurrir o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo³².

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 25021.

En el anterior orden de ideas, por error aritmético debe entenderse aquel en el cual se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y, por consiguiente, se trata de un yerro cuya enmienda no conduce a la modificación o a la revocación de la decisión que se ha adoptado; a su turno, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación del algún aparte del texto del pronunciamiento y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y actualmente por el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual resulta improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético o por omisión, cambio o alteración de palabras se pretenda reformar o revocar el fallo —el laudo, en asuntos como el *sub judice*— o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el Tribunal Arbitral, por ejemplo en virtud de alguna inconformidad con la fórmula utilizada para arribar a ellas. Y en lo atinente a las disposiciones contradictorias, esta Corporación ha expresado lo siguiente:

“Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución.

Por consiguiente, la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutive o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutive.

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutive toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión. Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutive cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará

finalmente en la parte resolutive porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutive toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente, no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido”³³.

Resta por precisar, en relación con este extremo, que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético o derivado de la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente, deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de las 4 antecitadas operaciones matemáticas o bien a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o en la digitación, más no a interpretaciones jurídicas ya sea relacionadas con alguno de los problemas jurídicos sometido a decisión de la autoridad judicial respectiva, bien atinentes a la manera en la cual el Tribunal debía realizar los cálculos o definir la fórmula u operación matemática a aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto³⁴.

Trayendo los anteriores planteamientos al asunto *sub lite*, en criterio de la Sala los argumentos expuestos por la parte recurrente para atacar el laudo arbitral por este concepto no se encuadran en la descripción que se ha dejado expuesta respecto de los alcances de esta causal, en primer término, habida consideración de que todas las solicitudes que realmente entrañaban la necesidad de llevar a cabo una aclaración del laudo que ante el Tribunal Arbitral formularan las partes, fueron despachadas favorablemente por dicho Tribunal, el cual consideró que efectivamente se trataba de errores de digitación o por cambios de palabras que en modo alguno alteraban el sentido de la argumentación que en el laudo se venía desarrollando y que, efectivamente, se ve reflejada en la parte resolutive de dicho pronunciamiento.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de marzo de 2011; Radicación: 39.496.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1408 del 25 de abril de 2002. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de julio de 2016; Radicación: 11001-03-26-000-2015-00148-00 (55.477).

En segundo término, las modificaciones que accedió a realizar el Tribunal de Arbitramento en algunas palabras incluidas en la parte resolutive del laudo, en criterio de la Sala, realmente encajan y tienen sentido en el contexto de la exposición argumentativa que en ella venía desarrollándose, más allá de que tanto el sentido y alcance de dichos planteamientos como las conclusiones a las cuales con base en ellos arribó el Tribunal Arbitral resulten compartibles o no, discutibles o no, pues esta suerte de disquisiciones escapan a las posibilidades que ofrece el recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral, según se explicó en precedente apartado dentro del presente proveído.

De este modo, no habiendo quedado pendiente de estudio y decisión favorable uno sólo de los pedimentos de aclaración del laudo que en el escrito contentivo del recurso de anulación trae nuevamente a colación la sociedad convocada, salta a la vista que lo realmente buscado por ésta al invocar la causal que ahora se examina es la reapertura de la discusión, que quedó zanjada con el proferimiento del laudo impugnado, en punto de la interpretación normativa llevada a cabo por el Tribunal de Arbitramento para resolver el caso, argumentación que la sociedad convocante no comparte y que por ello pretende que sea reformulada en este lugar, opción que desborda el marco dentro del cual puede moverse el juez del recurso extraordinario de anulación, el cual **en principio** debe limitarse a estudiar si se han producido yerros *in procedendo* más no *in iudicando* dentro del proceso arbitral, ni siquiera con el fin de estudiar si se ha dictado, o no, un laudo en conciencia cuando se ha pactado un arbitramento en Derecho, con menor razón todavía si lo que se propone revisar es la pretendida ocurrencia de errores formales en la parte motiva de la decisión arbitral —como los aritméticos, de digitación, transcripción, etcétera—, errores que, adicionalmente, fueron en su momento admitidos y enmendados por el propio Tribunal de Arbitramento. La causal en estudio, por consiguiente, resulta infundada.

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

2.4.5.1 Argumentos del recurrente.

En primer lugar, a juicio de la impugnante el laudo que censura resulta catalogable como un **fallo ultra petita** habida cuenta de que en la pretensión

primera de la demanda se pedía únicamente que se declarara la existencia del contrato mientras que

“... lo que atañe a su liquidación constituía una mera referencia, indicando el documento fechado 31 de enero de 2012, en el cual quedaron expresados unos desacuerdos, que son los que el Tribunal Arbitral debía resolver. Nunca se pidió que se declarara en qué fecha fue liquidado el contrato, porque este era un hecho ya establecido por las partes y sobre el que jamás hubo controversia”.

Además, expresó la recurrente que desde la misma contestación de la demanda PRESEA APARTADÓ advirtió que no se oponía a la prosperidad de la citada pretensión primera, porque efectivamente el contrato existió y en dicho documento también quedaron expresados los desacuerdos ocasionados en virtud de la liquidación realizada por PRESEA APARTADÓ el 15 de noviembre de 2011. Sin embargo, en la parte resolutive del laudo, ordinal A, numeral Primero, el Tribunal acogió la pretensión primera principal elevada en la demanda, de la siguiente manera:

“Primero: Declarar la existencia del contrato de operación, administración y mantenimiento de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó. Así como del acta de liquidación de dicho contrato, la cual tuvo lugar el treinta y uno (31) de enero de 2012”.

Ello a pesar de que los extremos de la litis que se plantearon en la pretensión referida no incluyeron que se definiera si la liquidación del contrato tuvo lugar el 31 de enero de 2012, pues ese asunto no fue materia de controversia y —siempre según el criterio de la recurrente— resultaba innecesario abordarlo toda vez que para el 30 de enero de 2012 ya había fenecido el término fijado por las propias partes para liquidar el contrato.

Por otra parte, en cuanto respecta a la pretensión segunda principal, sostuvo la recurrente que con ella lo que se reclamaba era la declaratoria de que determinadas sumas de dinero que PRESEA APARTADÓ utilizó para realizar pagos correspondientes al sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Apartadó, no debieron emplearse con dicho propósito, pues se trataba de fondos procedentes de los recaudos de los servicios prestados y los conceptos por los cuales se realizaron tales erogaciones no estaban estipulados en el contrato o no

debía asumirlos AGUAS DE URABÁ. Sin embargo, precisó la sociedad convocante en su escrito de impugnación que en ningún momento alegó que PRESEA APARTADÓ no tuviera la capacidad de realizar los pagos que considerara propios del funcionamiento del sistema, pues durante los quince (15) años que duró la ejecución del contrato el proceder de PRESEA APARTADÓ fue el de realizar los pagos que consideraba necesarios y enmarcados dentro del régimen económico del contrato, con plena autonomía, misma que nunca fue puesta en duda, razón por la cual nunca hizo parte del litigio. Por consiguiente, se pregunta la sociedad recurrente

“... ¿cómo se explica que todas las partes involucradas en el proceso trataran de probar o de desvirtuar que los pagos fueron hechos conforme lo estipulado en el contrato, acudiendo a pruebas documentales de todo tipo, testimonios, interrogatorio de parte y pruebas periciales, cada uno tratando de hacer su mejor esfuerzo para demostrar o no la pertinencia contractual del pago (o retención como lo llama el Tribunal), para que de un solo plumazo el Tribunal desestime todo lo actuado para terminar en que lo único importante era que Presea Apartadó no podía pagar (o retener según el tribunal) suma alguna de dinero, sin importar que dicha suma estuviera amparada por la Cláusula Quinta. REGIMEN ECONOMICO DEL CONTRATO”.

En segundo lugar, se invocó la misma la causal de anulación mencionada en atención a que, a juicio de la sociedad recurrente, el laudo censurado también constituye una ***decisión citra petita***, por cuanto las pretensiones sometidas a su consideración estaban encuadradas en unas "glosas" —expresión acuñada por la propia convocante para referirse a sus motivos de inconformidad para con la liquidación— sustentadas en interpretaciones divergentes de las partes respecto del alcance de las previsiones del contrato, del pliego de condiciones y del régimen de los servicios públicos domiciliarios, en punto de cuestiones como: ***(i)*** si las indemnizaciones al personal a la terminación del contrato debían ser asumidas por el sistema —cosa que AGUAS DE URABÁ no ve de ese modo porque considera que una adecuada planeación en los contratos del personal habría evitado esos pagos—; ***(ii)*** si los valores pagados por tasas retributivas se reconocían o no, debido a que correspondían a montos causados cuando todavía el municipio de Apartadó era el contratante —respecto de lo cual AGUAS DE URABÁ considera haber recibido el sistema libre de pasivos—; ***(iii)*** si se reconoce o no remuneración al operador en la parte del recaudo que corresponde a

subsidios, teniendo en cuenta que fue él quien cobró los subsidios o **(iv)** si se reconoce o no remuneración al operador por la cartera que quedó al finalizar el contrato, teniendo en cuenta que fue AGUAS DE URABÁ quien la recaudó.

Pese a que la parte convocada realizó pronunciamientos individuales en relación con cada una de estas cuestiones y a que la litis entonces estaba enmarcada en esa discusión, señaló la impugnante que el Tribunal Arbitral no advirtió la verdadera complejidad de la controversia que se sometió a su conocimiento ni estudió cada uno de los precisos extremos de la controversia a los cuales se hizo alusión; en definitiva, a juicio de la sociedad recurrente,

“[E]stimamos acreditado que la decisión no se ajusta a las peticiones de las partes, conclusión a la que se puede llegar sin mayor concitación, al apreciar que NO se pidió ni controvertieron las partes sobre la fecha de liquidación del contrato, ni sobre cuál es el acto en virtud del cual se operó la misma, siendo ésta una declaración construida por el Tribunal en exceso de los precisos límites que a su poder decisorio le marcan los de la litis. En cambio, no se falló sobre lo que verdaderamente era objeto del debate: Si era el sistema o el operador quien debía asumir las indemnizaciones del personal, si el operador tenía o no derecho a recibir remuneración sobre el monto de los subsidios, si el operador tenía o no derecho a recibir remuneración sobre la cartera que dejó cuando terminó su labor; si Aguas de Urabá debía o no reconocer los valores pagados por concepto de tasas retributivas por vertimiento del sistema de alcantarillado, configurándose así la causal de anulación que estamos deprecando”.

2.4.5.2 Oposición a la causal.

En cuanto a las consideraciones realizadas en el recurso de anulación en el sentido de que supuestamente el laudo versó sobre asuntos no sometidos a arbitraje, la empresa convocante las considera sin fundamento por entender que

“... la pretensión es reflejo de lo pedido en la demanda y reforma, en ese punto sin resistencia suya en la litis. Pretende irse en contra de sus propios actos procesales, pues en su escrito de contestación no se opuso al hecho de que la liquidación del contrato fue suscrita el 31 de enero de 2014, por lo que no se comprende y sólo se observa como una práctica dilatoria y de distracción,

pretender abrir una discusión que no planteó en el proceso (obsérvese sus traslados). Nuevamente revive de una forma retorcida y buscando otra causal de anulación conexa en sus argumentos con la supuesta caducidad que sólo invocó a instancias de alegatos y que por cierto no es pertinente porque de conformidad con la ley 142 de 1994 el contrato se regía por derecho privado y fue por tanto, por la elaboración del clausulado del contrato que debía liquidarse (contenía la obligación para esto), a su vez, a través de reformas de mutuo acuerdo llevadas a cabo al contrato y contenidas en los escritos de memorias oportunamente aportados como pruebas en original y no controvertidos por el señor Cuartas, se reformó el contrato en sus obligaciones postcontractuales de liquidación extendiéndose los tiempos varias veces hasta quedar como fecha límite el 31 de enero de 2012 (Cfr. folio 940 a 941, denominado 'AYUDA DE MEMORIA 01 DE 2012 y documentos conexos').

Por cuanto respecta a la aseveración en el sentido de que el laudo incurrió en el error de haber adoptado decisiones *ultra petita* y *citra petita*, la parte convocante expresó que la pretensión primera fue apropiadamente despachada en el marco del litigio y por tanto el alegado fallo *ultra petita* sobre este punto sólo es una forma adicional de insistir en que había supuestamente operado la caducidad de la acción, lo cual desconoce —según la empresa convocante— los propios términos de las manifestaciones de voluntad de las partes que derivaron en las reformas de mutuo acuerdo del vínculo contractual; a este respecto —en el sentir de AGUAS DE APARTADO— el Tribunal valoró las pruebas correspondientes e incluso decretó una de oficio frente a la cual la parte convocada no se pronunció.

Agregó que el supuesto fallo *extra petita* no tuvo lugar habida cuenta de que la pretensión segunda se fundamentó claramente en el incumplimiento del contrato y el Tribunal encontró en su revisión del mismo que había sido incumplido al llevarse a cabo los descuentos económicos sin acudir al procedimiento contractual que encontró pertinente conforme a su interpretación del contrato. Y en lo atinente al alegado fallo *citra petita*, sostuvo la sociedad convocante que “*nos oponemos a la extensión y ataque inadecuado a la decisión arbitral basado en un criterio subjetivo de rechazo con fundamento más en la desilusión que en la falta de coherencia de las pretensiones con la decisión de fondo*”.

2.4.5.3 Análisis de la Sala.

El artículo 41 de la Ley 1563, en su numeral 9, recoge en una sola las causales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En efecto, la causal octava aludía a la nulidad del laudo por haber recaído “*sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”, mientras que la novena consagraba como causal de nulidad el “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

Según se observa, la primera parte del contenido de la novena causal hace referencia a los laudos que hubieren recaído: **(i)** sobre aspectos no sujetos al arbitramento y **(ii)** haber concedido más de lo pedido.

En vigencia del Decreto 1818 de 1998, la Sala delimitó el alcance y el contenido del numeral ocho de su artículo 163, lo cual ratifica en esta oportunidad, dada su correspondencia con el contenido de uno de los apartes de la novena causal actualmente vigente:

“... la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998³⁵, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.³⁶

³⁵ Nota original de la sentencia citada: En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

³⁶ Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “*En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.*”

El aparte correspondiente a la causal de anulación ‘por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros’, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

1. El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

2. El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

3. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente”³⁷ (*se resalta*).

También se pronunció la Sala respecto del alcance de la causal nueve de nulidad del laudo, contenida en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, relativa a los fallos *infrapetita*, lo cual ratifica la Sala en esta ocasión, en relación con uno de los apartes del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Así se pronunció la Sala:

“... encuentra su razón de ser en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sentencias deben ‘contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código”³⁸.

En repetidas oportunidades esta Corporación se ha referido al principio de congruencia, de conformidad con los dictados de los artículos 304 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como uno de los orientadores de las decisiones judiciales, lo cual tiene plena vigencia a la luz de lo dispuesto por el Código General del Proceso. Sobre este principio expresó la Sala de Sección:

“En efecto, el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de ‘la congruencia de las sentencias’, reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente”³⁹.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente 32.896. Actor: Ingeniería Eléctrica y Electrónica – INGELEL.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006. Expediente 15898.

En la actualidad este principio se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...”.

A modo de conclusión puede afirmarse que la actual causal nueve de anulación se configura cuando el laudo arbitral se encuentra en alguna de las siguientes situaciones:

(i) Haber recaído sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas al arbitramento, bien porque se trataba de asuntos **que no eran de libre disposición o porque no estaban autorizados por la ley.**

En relación con este punto debe precisarse que antes de la expedición de la Ley 1285 de 2009, la cual modificó la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– el ordenamiento jurídico exigía de manera expresa que el pacto arbitral a través del cual las partes consentían en someter la solución de sus controversias a un *“Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”*⁴⁰, tuviera como objeto la solución de conflictos de

⁴⁰ Así lo preveían el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, compilado en el inciso 1° del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, disposiciones estas derogadas de manera expresa por la Ley 1563 de 2012.

carácter **transigible**, exigencia que dejó de tener vigor en el marco de las normas legales vigentes, puesto que ese presupuesto para acudir a la Justicia Arbitral desapareció del ordenamiento jurídico⁴¹.

(ii) La decisión incluyó puntos no pedidos en la demanda arbitral o en su respuesta.

(iii) No se refirió a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, como tampoco a las excepciones que aparezcan probadas y que, cuando la ley así lo exige, hubieren sido alegadas.

De acuerdo con lo antes expuesto, constituye tarea del juez del recurso de anulación, en relación con la alegada causal, efectuar la comparación de lo decidido en el laudo arbitral, a la luz de los hechos y las pretensiones de la demanda, así como de las excepciones que hubieren sido alegadas o que hubieren sido probadas, de conformidad con la ley.

Descendiendo los anteriores planteamientos al caso concreto, encuentra la Sala que ni uno sólo de los reproches formulados respecto del laudo enjuiciado en el recurso extraordinario de anulación con base en esta causal, tiene vocación de prosperidad.

En primer término, por cuanto hace a que el Tribunal Arbitral se habría pronunciado, al resolver la pretensión primera de la demanda, sobre puntos no sujetos a su revisión, aprecia la Sala que lo realmente pretendido por la impugnante con este ataque es controvertir los argumentos de fondo que expuso el Tribunal para resolver la materia sometida a su conocimiento, concretamente en cuanto atañe a la no operatividad de la figura de la caducidad de la acción en el asunto *sub judice*, con fundamento en el análisis que llevó a cabo el mismo Tribunal de Arbitramento en punto de la fecha en la cual a su entender acaeció la liquidación del contrato en el cual se originó la presente controversia.

Téngase en cuenta, por lo demás, que existe plena identidad entre el alcance de las declaraciones realizadas por el Tribunal Arbitral al pronunciarse

⁴¹ Sobre el punto puede verse el análisis desarrollado en el siguiente pronunciamiento: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015; Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón; Radicación: 110010326000201400161-00 (52.552).

sobre la pretensión primera principal de la demanda en la parte resolutive del laudo, de un lado y, de otro, el contenido de dicha pretensión, como a continuación puede sin dificultad advertirse; se inicia con la transcripción de la pretensión en comento:

“PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que entre la sociedad AGUAS DE URABA S.A. E.S.P., y la sociedad PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. existió el contrato de Operación, Administración y Mantenimiento para los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado de Apartadó, **el cual se dio por terminado y liquidado sin acuerdo total mediante acta de liquidación del treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012)** y en el cual se estipuló que las sociedades quedaban a paz y salvo en sus obligaciones, salvo los conceptos glosados y los perjuicios que se ocasionaron” *(se destaca)*.

Y ahora repárese en el contenido del numeral primero de la parte resolutive del laudo impugnado:

“Primero: Declarar la existencia del contrato de operación, administración y mantenimiento de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó. Así como del acta de liquidación de dicho contrato, la cual tuvo lugar el treinta y uno (31) de enero de 2012”.

La misma conclusión se impone por cuanto respecta al cargo consistente en que el Tribunal Arbitral no habría decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, por supuestamente haber omitido pronunciarse acerca de varios de los problemas jurídicos que fueron planteados en la demanda. En criterio de la Sala este ataque no repara en el hecho de que el Tribunal sí se pronunció frente a cada una de las pretensiones que fueron planteadas en la demanda, pero lo hizo sosteniendo que el análisis que llevó a cabo en torno a la procedencia de que PRESEA APARTADÓ S.A. realizara las retenciones de recursos que practicó en detrimento de los intereses de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. (según ésta empresa lo aseveró en su demanda), tornaba innecesario ocuparse de examinar, adicionalmente y uno por uno, todos los demás problemas jurídicos planteados en la demanda y que habían sido materia igualmente de pronunciamiento por parte de la entidad convocada, pues estimó el Tribunal Arbitral que éstos quedaban desatados ya con el examen que en punto de la aludida procedencia de las retenciones se había llevado a cabo en el laudo arbitral.

Como en varias ocasiones se ha expresado a lo largo del presente pronunciamiento, más allá del parecer que tengan los demás sujetos procesales respecto de esta forma de razonar del Tribunal Arbitral y de si se comparte o no el fondo de sus planteamientos, lo cierto es que resulta contrario a la técnica —y, naturalmente también, a las finalidades y a las posibilidades— del recurso extraordinario de anulación entrar a rebatir los aspectos sustanciales de la decisión adoptada por el Tribunal, olvidando que en esta instancia sólo resulta procedente alegar defectos constitutivos de errores *in procedendo*, en relación con la adopción o con el contenido del laudo atacado.

Con fundamento en lo anterior, resulta impróspera esta causal de anulación y, por consiguiente, se impone declarar infundado el recurso extraordinario de anulación impetrado.

2.5 Costas y agencias en Derecho.

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

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011⁴², se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

Los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta *i)* la naturaleza, *ii)* la calidad y *iii)* la duración de la gestión

⁴² Artículo 188. “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴³.

Por tanto, en los términos de lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003⁴⁴, dado que no prosperó el recurso de anulación interpuesto por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y la duración útil de la gestión realizada por la entidad pública convocante, PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., pagará a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE :

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P., contra el laudo proferido el día 25 de septiembre de 2015 dentro del proceso arbitral que se adelantó entre AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. como parte convocante y PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. como parte convocada.

SEGUNDO.- CONDÉNASE a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. en costas; por secretaría de la Sección tásense.

⁴³ Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, numeral 1.12.2.3.

⁴⁴ El artículo segundo define las agencias en derecho: “*Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento*”.

TERCERO.- CONDÉNASE a PRESEA APARTADÓ S.A. E.S.P. a pagar a favor de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento respectivo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA