

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

[S]e confirma la jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 7º y el párrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales originados en contratos celebrados por entidades públicas, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 46

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / LAUDO ARBITRAL / ADICIÓN AL LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / PODER DEL JUEZ / LIMITACIÓN DEL JUEZ / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características (...) La Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado sobre la naturaleza, características y particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, aspectos que se concretan de la siguiente manera: i) El recurso de anulación contra laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia adicional dentro del proceso. ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores in procedendo, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores in iudicando. Ello significa que no le es dable al juez examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales se arribó. iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos eventos previstos en la ley, particularmente, lo que tiene que ver con la prosperidad de la causal fundada en no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. iv) Los poderes del juez en sede de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado y los argumentos deben encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez interpretar o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso. v) El recurso extraordinario de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”. vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley - artículo 41 de la Ley 1563 de 2012-.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALLO EN CONCIENCIA

Causal 7: Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. (...) [E]s de advertir que el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida hace caso omiso del régimen jurídico que gobierna el convenio, del marco contractual y de las pruebas aportadas. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el Tribunal de Arbitramento resolvió con fundamento en el ordenamiento, se apoyó en el acervo probatorio y fundamentó su decisión en las disposiciones legales y en los términos contractuales. Es de anotar, además, que resolver en derecho no comporta prescindir de los valores y principios, en no pocos casos necesarios para proferir una decisión justa. La Sección ha precisado que la causal de anulación en comento no comporta la posibilidad de confrontar las argumentaciones del Tribunal de Arbitramento, esto es, no se trata de abrir nuevamente el debate que no está previsto en sede de anulación. (...) Cabe advertir que la jurisprudencia ha expuesto que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente, razón por la cual, la anulación del laudo impugnado no se puede fundar en la interpretación de la ley. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto ver sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, posición reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 38379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN(E)

Bogotá D.C., cuatro (04) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00095-00(61887)

Actor: AGUAS DE LA MOJANA S.A.

Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS ESAM E.S.P. Y EL MUNICIPIO DE SAN MARCOS (SUCRE)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

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

La Sala decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral proferido el 19 de febrero de 2018 por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias

surgidas entre la sociedad en mención –en adelante la parte convocante– y la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P.¹ y el Municipio de San Marcos –en adelante la parte convocada– y en el que se dispuso declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación cobrada, se negaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la recurrente.

SÍNTESIS DEL CASO

El 30 de julio de 2002, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. y la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. suscribieron el contrato de operación con inversión n.º 012, cuyo objeto consistió en *“regular las obligaciones, derechos y actividades de la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P., en su calidad de contratante y del operador para la gestión, financiación, operación, rehabilitación, diseño, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato, los términos y condiciones que se establecen en el mismo, la oferta aceptada por el contratante y los pliegos de condiciones de la Convocatoria Pública n.º 001 de 2002”*.

El plazo del contrato se acordó en quince (15) años, contados a partir de la suscripción del acta de entrega de la operación y de los bienes que el contratante transfiera a la contratista, lo que ocurrió el 1º de septiembre de 2002.

La parte convocante solicitó i) condenar a la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. y solidariamente al Municipio de San Marcos a pagar a su favor la suma de \$4.263.208.005, de conformidad con las facturas emitidas a los usuarios del servicio y las cuentas de cobro presentadas al ente territorial, por concepto de los subsidios pertenecientes a los beneficiarios de los estratos 1 y 2 de los años 2002 a 2006, con sus respectivos intereses e indexación y ii) condenar en costas a la parte convocada.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

¹ Mediante Acuerdo Municipal n.º 001 de 3 de febrero de 1997 se transformó el Instituto Municipal de Servicios Públicos de San Marcos-Sucre en una Empresa Oficial (Industrial y Comercial del Estado, con autonomía administrativa, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio, que en adelante se denominaría Empresa de Servicios de San Marcos E.S.P., con la sigla ESAM E.S.P. (fls. 13-18 c. 1).

En lo relativo a la solución de controversias, en la cláusula 81 del contrato las partes pactaron lo siguiente:

Las partes contratantes podrán someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las controversias generadas en la ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de este contrato, que no fueren resueltas directamente por las mismas, con sujeción a lo dispuesto en este contrato.

Dicho Tribunal se conformará por ciudadanos colombianos, dos de los cuales serán designados de común acuerdo por las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Sincelejo (Sucre). Si las partes no se pusieren de acuerdo en dicha designación, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la solicitud respectiva, los árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Sincelejo (Sucre).

La sede del Tribunal estará en la ciudad de Sincelejo y su funcionamiento se sujetará a lo previsto en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 y las normas que los complementen, adicionen o modifiquen. El arbitramento será en derecho.

(..).

1.2. La demanda y su reforma

El 13 de septiembre de 2016, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. presentó solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento y mediante actas de 12 de diciembre de 2016 y 12 de enero de 2017 fueron designados los tres árbitros que conocerían y desatarían la litis (fls. 1 cuaderno 1 y 391 cuaderno 4).

El 2 de febrero de 2017, el Tribunal de Arbitramento se instaló en audiencia realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Sincelejo (Sucre) (fls. 391-394 cuaderno 4).

El 7 del mismo mes y año, la parte convocante adicionó la demanda, en el sentido de poner en conocimiento el nombre actual de su representante legal y aclarar que el valor de las pretensiones superaban la mayor cuantía. Para el efecto, elaboró un cuadro calculando el valor facturado y los intereses moratorios causados entre los meses de octubre de 2002 a julio de 2006 (fls. 403-406 cuaderno 4).

Mediante auto de 15 de febrero de 2017, los árbitros citaron al representante legal del Municipio de San Marcos, para que manifestara su decisión de adherirse o no al pacto arbitral contenido en la cláusula 81 del contrato de operación con inversión n.º 012 de 2002. Mediante escrito de 27 del mismo mes y año, el alcalde de dicha localidad comunicó su intención de adherirse a la cláusula compromisoria (fls. 416-418 y 439 cuaderno 4).

Con auto de 3 de marzo del año en mención la demanda y su adición fueron admitidas (fls. 445-446 cuaderno 4).

El 19 de febrero de 2018, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo arbitral que definió la controversia, el cual es objeto del presente recurso extraordinario de anulación.

1.2.1. Pretensiones

La parte convocante solicitó que se concedieran las siguientes pretensiones:

Condenar a la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P., por obligación contractual y al Municipio de San Marcos (Sucre), por solidaridad contractual y obligación constitucional y legal, a pagar a la Empresa AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL CINCO PESOS (\$4.263.208.005,00) conforme al cuadro de proyección de la deuda adjunto elaborado con base en las facturas emitidas a los usuarios y las cuentas de cobro presentadas al Municipio de San Marcos (Sucre) por concepto de los subsidios pertenecientes a los beneficiarios de los Estratos 1 y 2 que corresponden a los años 2002 a 2006 con sus respectivos intereses e indexación hasta agosto de 2016. Suma que deberá actualizarse al momento de su pago.

Condénese en costas a la parte demandada y al pago de los árbitros y peritos que se designaren en caso de oposición.

Reconocer personería jurídica al suscrito abogado Jaime Monterrosa (..), para actuar como apoderado judicial de la Empresa Aguas de La Mojana S.A. E.S.P., en los términos y fines del poder otorgado por su representante legal (fl. 4 cuaderno 1).

En el juramento estimatorio, la convocante estimó el valor del capital en la suma de \$775.891.289, la indexación en \$523.600.848 y los intereses moratorios en \$2.963.715.868. Por tanto, el valor de las pretensiones se cuantificó en una suma superior a los \$4.000.000.000.

1.2.2. Síntesis de los hechos

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

La EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS ESAM E.S.P. celebró con el MUNICIPIO DE SAN MARCOS SUCRE el Convenio Interadministrativo No. 002 cuyo objeto es: "... Garantizar la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el Municipio de San Marcos, Sucre, para lo cual el Municipio se compromete apoyar financieramente a la Empresa de Servicios Públicos en el proceso de modernización, transfiriendo al encargo de fiducia el monto de los aportes en pesos constantes desde el año 2001...".

Mediante Licitación Pública Número 001 de 2002, la EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS ESAM E.S.P. adelantó el proceso de selección del operador privado de los servicios de acueducto y alcantarillado del Municipio de San Marcos (Sucre), resultando elegida la UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MOJANA, que debió constituirse en AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P.

La empresa AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. suscribió con la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. el contrato de operación con inversión número 012 de 2002, cuyo objeto es "regular las obligaciones, derechos y actividades de la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P., en su calidad de CONTRATANTES y del OPERADOR para la gestión, financiación, operación, rehabilitación, diseño, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato, los términos y condiciones que se establecen en el mismo, la oferta aceptada por el contratante y los pliegos de condiciones de la convocatoria pública número 001 de 2002".

Según la CLÁUSULA 5 del Contrato de Operación con Inversión Numero 012 de 2002, el plazo de ejecución del mismo es de quince (15) años, que se cuentan a partir del 1º de septiembre de 2002; fecha en la cual se suscribió el acta de inicio de operación. Es decir, el contrato está vigente hasta el 30 de agosto de 2017.

Conforme al literal d) de la CLÁUSULA 11 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002 el CONTRATANTE asumió la obligación de "Respetarle al OPERADOR la Facturación Máxima Mensual pactada en el Contrato. Si por decisión de las autoridades nacionales o locales se desconociere esta obligación se dará aplicación a lo previsto en el CAPÍTULO XIV. EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO a fin de restablecer el equilibrio económico del contrato".

Conforme al literal g) de la CLÁUSULA 11 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002, el CONTRATANTE asumió la obligación de "Ceder los Contratos de Servicios Públicos (Contratos de Condiciones Uniformes), que se encuentren vigentes en la fecha de inicio de ejecución de este contrato." Por esta razón y por consideraciones de orden técnico (No se tenían reportes de costos para establecer la tarifa aplicable y social fue la decisión de seguir aplicando la tarifa que venía aplicando ESAM E.S.P. (ver oficio G.G.0134 del 16 de junio de 2005).

El contrato de condiciones uniformes que ha venido aplicando AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en el Municipio de San Marcos (Sucre) contempla como obligación de la empresa, en el numeral 25 de la CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA, "Cobrar las contribuciones de solidaridad y otorgar los subsidios de acuerdo a la Ley." Con base en dicha cláusula se facturó los servicios a los usuarios de los estratos 1 y 2 que mediante esta demanda se cobran.

Conforme al literal k) de la CLÁUSULA 11 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002, el CONTRATANTE asumió la obligación de "realizar todas las diligencias indispensables para la consecución de los recursos presupuestales destinados a sufragar los subsidios de los usuarios que tengan derecho a ello de acuerdo con la solicitud que presente el OPERADOR, debidamente justificados".

De acuerdo con el literal t) de la CLÁUSULA 9 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002, el OPERADOR asumió la obligación de "Facturar, cobrar y recaudar las tarifas y contribuciones de solidaridad, según lo previsto en las disposiciones legales y en el Contrato de Servicios Públicos (Contrato de Condiciones Uniformes) celebrado con sus suscriptores o usuarios".

La CLÁUSULA 23 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002 establece que la "Factura Máxima Mensual es el precio máximo mensual que el operador podrá cobrar a los usuarios residenciales por concepto de prestación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado por un consumo básico de 20 metros cúbicos por mes por usuario residencial. Se entiende que la Facturación Máxima Mensual incorpora todos los costos asociados a la prestación de los Servicios para cada usuario, de conformidad con la aplicación de las fórmulas tarifarias y las metodologías de costos y tarifas establecidas por la CRA para un consumo básico de 20 metros cúbicos/mes - usuario residencial, aplicando los subsidios y sobre precios que prevé la ley e incorporando los recursos de la Nación aportados bajo condición".

Como respuesta a varias solicitudes que elevamos tanto a la ESAM ESP como a los diferentes Alcaldes de turno, mediante Acuerdo No. 019 del 17 de agosto de 2004 del Concejo Municipal de San Marcos (Sucre), se creó el FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO y se establecieron los porcentajes de los subsidios en un máximo del 50% para el estrato 1 y un máximo de un 40% para el estrato 2; y la empresa facturó con 40% para el estrato 1 y un 30% para el Estrato 2 (ver cuentas de cobro).

Con base en la CLÁUSULA 23 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002, en la obligación de facturar las contribuciones y subsidio a los usuarios y en la obligación de respetarle al OPERADOR la Facturación Máxima Mensual pactada en el contrato, la empresa AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. facturó y presentó las respectivas cuentas de cobro al Municipio de San Marcos (Sucre) por los subsidios desde septiembre de 2002 hasta agosto de 2006, según el cuadro adjunto que se elaboró con base en las facturas emitidas a los usuarios, las cuentas de cobro presentadas al Municipio de San Marcos (Sucre) y teniendo en cuenta el Contrato de Condiciones Uniformes celebrado con los usuarios, conforme lo estipula el Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002.

La empresa AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. ha reiterado mediante varios escritos tanto a la ESAM E.S.P. como a diferentes alcaldes del Municipio de San Marcos Sucre, la solicitud de arreglo directo para el pago de los subsidios antes mencionados (Ver oficio del 16 de mayo de 2005, G.G.134 del 16 de junio de 2005, G.G.111 del 14 de agosto de 2006, G.G.064 del 21 de abril de 2008 y G.G.047 del 23 de mayo de 2013 que se adjuntan a la demanda); pero hasta la fecha no se ha efectuado el pago de los mismos; agotándose de esa manera la etapa de negociación directa prevista en la CLÁUSULA 79 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002.

En virtud de haber agotado la etapa de negociación directa, la Empresa AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. acude a la CLÁUSULA 81 del Contrato de Operación con Inversión No. 012 de 2002, que estipula la CLÁUSULA COMPROMISORIA para someter a la decisión de un tribunal de arbitramento las controversias generadas en la ejecución de dicho contrato.

Conforme a la Sentencia C-086 de 1998 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía y la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub Sección C, del 24 de enero de 2011, con radicación: 25000-23-24-000-2004-00917-01 (AP), Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero, los subsidios tienen carácter de impuestos (Son bienes fiscales) y, por lo tanto, son IMPRESCRIPTIBLES.

Con el no pago de los subsidios que se cobran mediante esta demanda, la empresa ha venido sufriendo un DESEQUILIBRIO ECONÓMICO que ha soportado con gran esfuerzo; situación que la coloca en posición desventajosa frente al principio antes mencionado, y que se requiere con urgencia esta compensación para no incurrir en sobre costos, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pueda generarse por la ocurrencia de este hecho y que afecten la economía del contrato, creando así una mayor onerosidad en el cumplimiento del mismo, o que tenga que considerarse la aplicación de un ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA por parte del Municipio de San Marcos (Sucre) (fls. 2-4 cuaderno 1).

1.3. La contestación de la demanda

1.3.1. En oportunidad, el Municipio de San Marcos contestó la demanda y su reforma, al tiempo que propuso excepciones.

El ente territorial se opuso a la prosperidad de las pretensiones, defendió la legalidad de su actuación y se atuvo a lo demostrado en el proceso. Dio cuenta de la existencia del contrato, su plazo y el pacto arbitral. Así mismo, puso de presente que, si bien no suscribió el acuerdo, acogía la cláusula compromisoria en virtud del Convenio Interadministrativo n.º 002 de 2002, suscrito con la ESAM E.S.P., marco sobre el cual se firmó el contrato de operación de que trata el *sub lite*, en cuanto al pago de los subsidios a los beneficiarios de los estratos 1 y 2. Al tiempo, señaló que la contratista no presentó la facturación debidamente soportada, tampoco las fórmulas tarifarias vigentes para la fecha del cobro pretendido, ni relacionó el número de usuarios con los valores de consumo, tal y como lo ordena la normatividad sobre la materia (fls. 460-464 cuaderno 4).

1.3.1.1. Excepciones

Con fundamento en los argumentos de defensa, el municipio propuso las excepciones que denominó i) *“inexistencia de la obligación cobrada”*, en la medida en que la contratista no cumplió con los requisitos necesarios para tramitar los pagos y ii) *“prescripción”*, pues no adelantó el cobro en el término que establece la ley, pues las obligaciones datan del año 2002 (fls. 460-464 cuaderno 4).

1.3.2. La Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. reiteró lo manifestado por el Municipio de San Marcos, en el sentido de señalar que las cuentas de cobro no fueron debidamente presentadas por el operador. Esto, en la medida en que omitió presentar el censo o catastro consistente en una lista detallada de usuarios identificados con un código interno, nombre completo, identificación, dirección y estrato al que pertenecían, para que, con fundamento en ello, *“la entidad pudiera incorporar en su proyecto de presupuesto de la siguiente anualidad los recursos necesarios para sufragar los subsidios de conformidad con la ley”*. De esta forma, a su parecer, el operador incumplió la obligación establecida en los artículos 5º del Decreto 565 de 1996, 2º de la Ley 632 de 2000 y el Decreto 1013 del 4 de abril de 2005. Así mismo, alegó que la contratista estaba obligada a demostrar que aplicó los porcentajes de que dan cuenta las facturas en los máximos permitidos. También alegó que no se configuró el desequilibrio económico del contrato, pues la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. *“aplicó en sus facturas la tarifa plena, es decir, todo el costo del servicio era asumido por los usuarios, por tanto siendo así tampoco era procedente el reconocimiento de subsidios a la convocante, pues ello*

generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la convocante y en detrimento de la entidad pública territorial". Anotó, por último, que el operador no elevó peticiones de desequilibrio.

1.3.2.1. Excepciones

En el escrito de contestación, la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. propuso las excepciones de i) caducidad, por cuanto la contratista no solicitó el restablecimiento del equilibrio económico, dentro de los 45 días calendario siguientes al acaecimiento del hecho generador del supuesto desequilibrio, de conformidad con lo previsto en la cláusula cuadragésima del contrato; ii) cobro de lo no debido, pues no presentó el estudio técnico tarifario o censo de usuarios, necesario para que la entidad territorial hiciera la reserva presupuestal necesaria para adelantar el trámite del pago y iii) enriquecimiento sin causa, toda vez que el contratista, además de cobrar la tarifa plena al usuario, pretende por esta vía el pago de los subsidios con cargo al ente territorial (fls. 471-475 cuaderno 4).

1.4. Oposición a las excepciones

La sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. se opuso a la prosperidad de las excepciones propuestas por el Municipio de San Marcos y la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P.

En relación con la excepción de inexistencia de la obligación, la convocante alegó que cumplió con los requisitos de ley para tramitar las cuentas de cobro y que una vez presentadas ninguna de las entidades convocadas objetaron. Puso de presente que la contratante ESAM E.S.P. se comprometió a respetar al operador la facturación máxima mensual pactada en la cláusula 23 del contrato, la cual incluye los subsidios y sobrepagos que prevé la ley, luego, en su sentir, existe la obligación de pagar los subsidios facturados, previa asignación presupuestal a la que estaban obligados los convocados. Sostuvo, además, que la administración municipal implementó el Fondo de Solidaridad y Redistribución y una vez creado *"viene pagando los subsidios facturados por Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. sin ninguna objeción"*. Por tanto, a su parecer *"no se entiende como los entes demandados pagan los subsidios desde 2006 hasta la fecha y no los van a pagar desde 2002 hasta 2006"*.

En cuanto a la excepción de prescripción, la convocante alegó que el reconocimiento y pago de los subsidios son imprescriptibles, tal y como lo ha definido la jurisprudencia.

En lo atinente a la caducidad de la acción, adujo que el contrato estaba vigente y que acató el procedimiento contractual convenido para presentar las cuentas de cobro mensualmente, sin que se haya acordado que el operador debía presentar una relación de los usuarios con la discriminación de los subsidios a cobrar.

Y, en relación con el enriquecimiento sin causa, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. sostuvo que en las facturas discriminó el valor del consumo, previo descuento del subsidio facturado, por lo que la excepción no es de recibo y, por el contrario, ésta se predica del municipio, en la medida en que no pagó los subsidios a los que estaba obligado reconocer (fls. 608-611 cuaderno 5).

1.5. Intervención del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda arbitral, en la medida en que la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. no demostró claridad en la facturación presentada. Si bien discriminó el consumo del valor del subsidio, el cual debía deducirse del capital, en el total a pagar dicha operación no se vio reflejada. Adujo que, por el contrario, se evidenció *“una suma mayor que no se precisa si es la sumatoria de los meses de deuda o contiene adición de algunos recargos o si el beneficio fue aplicado, con lo que se generan dudas acerca del efectivo favorecimiento del auxilio en favor de los consumidores”*. Por último, sostuvo que en el evento de que se accediera a las súplicas, debería tenerse en cuenta que *“la liquidación de la obligación cobrada por la empresa Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. está mal realizada, puesto que juntar (sic) una actualización de capital de la deuda con el pago de intereses de mora simultáneamente no es posible, ya que en este último elemento se halla incorporado un factor de corrección monetaria que tiene la misma finalidad de la indexación del capital, con lo que se estaría presentando un doble cobro de la obligación”* (fls. 2024-2034 cuaderno 13).

2. El laudo impugnado

2.1. El 19 de febrero de 2018, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Sincelejo profirió el laudo arbitral que definió la controversia de que trata el *sub lite*.

Se transcribe la parte resolutive:

Primero.- Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación cobrada.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, denegar las súplicas de la demanda.

Tercero.- Condénese en costas a la parte demandante, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 de la Ley 1437 y 365 de la Ley 1564, fijando en la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) las agencias en derecho para cada uno de los entes públicos absueltos (fls. 2161-2162 cuaderno ppal.).

3. Recurso de anulación

3.1. El 14 de marzo de 2018, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. presentó en oportunidad recurso extraordinario de anulación, invocando la causal 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, relativa al fallo en conciencia o en equidad.

La recurrente sostuvo, en síntesis, que al Tribunal de Arbitramento no le correspondía realizar cálculos matemáticos y sacar deducciones sin contar con una experticia que así lo evidenciara. Afirmó que la decisión, además, se soportó en el análisis de una inspección judicial que no contaba con soporte contable de la empresa. De ahí que se configurara un fallo en conciencia.

A continuación se transcriben algunos apartes del recurso:

Al examinar la primera parte de la argumentación del Tribunal en la que expone su conclusión acerca del porcentaje del sistema tarifario aplicado por la empresa AGUAS DE LA MOJANA en la que asevera que está por encima del porcentaje máximo establecido en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1.994, se extrae a simple vista una deducción íntima de los togados no basada en prueba pericial. No está permitido en el fuero del fallador hacer ejercicios matemáticos y sacar deducciones lógicas sin antes someterlos a experticios técnicos a través de los auxiliares de la Justicia que permitan ejercer el derecho de defensa de las partes en el proceso. Así se extracta:

"Como pruebas aportadas por el operador a folios 612, 614 y 616 se encuentran facturas correspondiente a usuarios de estrato 1 vigencia 2003, donde se demostró al hacer el ejercicio para establecer el porcentaje de subsidio aplicado, subsidio 8.252 dividido en el cargo fijo 13.754 igual a 5999, que es el 60%, por encima del porcentaje máximo establecido en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1.994 y diferente a los valores cobrados para el estrato 1 "definido" por el operador en las cuentas de cobro que presenta al municipio en el 40% según se aprecia en el folio 96."

Igualmente la tesis en la que el Tribunal de Arbitramento sustenta la Excepción de Inexistencia de la Obligación planteada por la parte convocada, se evidencia que esta fue sostenida sobre una prueba de Inspección Judicial practicada a los libros de contabilidad de la empresa sobre la cual concluye, "que los libros contables, declaraciones de rentas y estados financieros del operador: afloran inconsistencias en relación con los valores relacionados como subsidios por cobrar, los cuales no se ven reflejados en la contabilidad anualmente, lo cual da lugar a muchos vacíos."

Según esto el fallo en conciencia que se estudia se origina del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, no existen, no hay soporte valorativo formativo sobre las mismas, y se radica, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia de los árbitros.

(..)

Como puede observarse la inspección judicial aquí detallada no puede dar una convicción al fallador sobre la existencia de una obligación compleja sentada en libros de contabilidad, declaraciones de renta que hacen parte de una empresa y mucho menos afirmar que estas afloran inconsistencias; De conformidad con los artículos 238, 265, 266, 268 del C.G del P.

(..)

Para lograr un análisis así el Tribunal de Arbitramento debió agotar el experticio a través de una prueba pericial de conformidad con el art. 268 del C.G. del P. El inciso 2° del arto 268 del C.G del P., expresa:

Para el examen de los libros y papeles del comerciante en los casos de exhibición, la parte interesada podrá designar un perito. Art. 268 C.G. del P.

Lo que indica, que si bien estos fueron recibidos a satisfacción por los togados, también lo es, que no fueron examinados por un auxiliar contable que determinara, si la obligación que se persigue, se encuentra expresada en la contabilidad de la empresa, para emitir una argumentación sobre reflexiones lógicas con vacíos y dudas frente a estos.

Así entonces, tratándose el presente caso de un juicio declarativo, como la pretensión se dirige a efectivizar un derecho cierto, la prueba de la obligación, podrá ser cualquiera de las legalmente previstas en el artículo 165 del C.G. del P. es decir, «la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del conocimiento del juez».

Es decir, que de conformidad con el artículo 243 del Código General del Proceso, modificatorio del 251 del C. de P.C., «(. ..) los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares».

De acuerdo con lo anterior, si la aducción de las facturas tenía como finalidad servir de «soporte de los hechos que sustentan la pretensión que persigue el reconocimiento y consecuencial condena al pago», es decir, demostrar la existencia de la obligación y su cuantía, lo cual se desprende de la clase de proceso tramitado -declarativo-, es manifiesto entonces, que el Tribunal de Arbitramento en su decisión desconoció la naturaleza de la pretensión, o en otros términos, malinterpretó la excepción de Inexistencia de la Obligación, y esa argumentación lo condujo a imponerle a los documentos aportados, unos condicionamientos propios del pago directo, cuando su finalidad era «solo servir de prueba para reconocer el valor de los subsidios a cobrar para que en la sentencia se impusiera el reconocimiento de la obligación y la consecuencial condena al pago», diferente a promulgar su inexistencia, ya que bajo esta figura, la obligación nunca nació a la vida jurídica; lo que no es cierto, por cuanto la decisión criticada no está soportada en una apreciación razonable de los pormenores de la actuación examinada a la luz de la normatividad y de la prueba analizada referente al tema de la obligación exigible que se reclama, la cual se encuentra sentada en los libros de contabilidad, los balances y las declaraciones de renta de la empresa AGUAS DE LA MOJANA, y sobre las cuales detallan las razones para declarar probada la Inexistencia de la Obligación, dado que, como bien se extrae una cosa es completar algunos de los requisitos legales que prevé la ley para que el documento o conjunto de documentos presten mérito ejecutivo respecto de su exigibilidad o autenticidad y otra distinta es negar su existencia por falta de requisitos para su exigibilidad, lo que no es propio de los procesos declarativos.

La única prueba que podría determinar su inexistencia como obligación proveniente de títulos complejos, no fue ordenada por el Tribunal de Arbitramento ni pedida por quien invocó la Excepción de Inexistencia de la Obligación, por cuanto todas estas facturas están soportadas en los libros de contabilidad de la empresa y estos no fueron examinados a la luz de la ley y la Jurisprudencia por un auxiliar contable que diera certeza a lo afirmado por los togados, decisión ésta que fue fundamentada en principios de equidad y no de derecho.

Con fundamento en lo expuesto, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. solicitó la anulación del laudo arbitral (fls. 2163-2168 cuaderno ppal.).

4. Oposición al recurso extraordinario de anulación

4.1. La Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. se opuso a la prosperidad de la causal esgrimida en el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. Dio cuenta de que la recurrente pretende que se adelante una nueva valoración probatoria que se ajuste a sus pretensiones, sustituyendo los elementos de juicio tenidos en cuenta en el laudo arbitral, en pleno desconocimiento de la filosofía que orienta la naturaleza extraordinaria del recurso de anulación. Adujo que no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que la decisión estuvo ajustada a derecho y se profirió con fundamento en el acervo probatorio que obra en la actuación (fls. 2172-2173 cuaderno ppal.).

4.2. El representante del Ministerio Público, por su parte, rindió concepto ante el Tribunal de Arbitramento y solicitó declarar infundado el recurso extraordinario de anulación, en la medida en que los argumentos esgrimidos para soportar la causal invocada carecen de fundamento y, además, desbordan la finalidad del medio de impugnación. Señaló que los árbitros no se equivocaron en la apreciación de los medios de prueba, tampoco estaban obligados a practicar un dictamen pericial para valorarlos conforme a la sana crítica (fls. 2174-2178 cuaderno ppal.)

5. Trámite del recurso de anulación

Mediante auto de 19 de octubre de 2018 se admitió el recurso extraordinario de anulación (fls. 2183-2184 cuaderno ppal.).

Ejecutoriada la decisión, el proceso ingresó al despacho para proferir decisión de fondo.

II. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012², dado que este se presentó el 14 de marzo de 2018 y la notificación del laudo arbitral se produjo en audiencia de 19 de febrero de 2018 (fls. 2163 vto. cuaderno ppal.), por lo que el plazo previsto en la ley venció el 3 de abril del año en mención.

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

2. Régimen legal aplicable

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

3. Jurisdicción y competencia

El 2 de febrero de 2017, el Tribunal de Arbitramento se instaló en audiencia realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

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

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

⁴ La demanda arbitral se presentó el 13 de septiembre de 2016.

Comercio de Sincelejo y el 3 de marzo del año en mención se admitió la demanda, esto es, en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, se confirma la jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación, de conformidad con el numeral 7º y el párrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación⁵ y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁶, que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales originados en contratos celebrados por entidades públicas, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

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

El 30 de julio de 2012, la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. y la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P., de naturaleza pública –EICE-, suscribieron el contrato de operación con inversión nº. 012, cuyo objeto consistió en “*regular las obligaciones, derechos y actividades de la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P., en su calidad de contratante y del operador para la gestión, financiación, operación, rehabilitación, diseño, construcción, expansión,*

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

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

“Artículo 149. *Competencia del Consejo de Estado en única instancia. Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:*

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

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

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

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

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

reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato, los términos y condiciones que se establecen en el mismo, la oferta aceptada por el contratante y los pliegos de condiciones de la Convocatoria Pública n.º 001 de 2002". Vínculo sobre el cual recayó la decisión contenida en el laudo arbitral de 19 de febrero de 2018, objeto del recurso extraordinario de anulación que ahora se decide.

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

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

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

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

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

iv) Los poderes del juez en sede de anulación están restringidos por el denominado "principio dispositivo", por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado y los argumentos deben encuadrar dentro de las

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

precisas causales que la ley consagra⁸; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez interpretar o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del recurso⁹.

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

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

5. Causales de anulación

Precisado lo anterior, la Sala abordará la causal de anulación prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, relativa al fallo en conciencia o equidad, propuesta por la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P.

La recurrente sostuvo, en síntesis, que al Tribunal de Arbitramento no le correspondía realizar cálculos matemáticos y sacar deducciones sin contar con una experticia que así lo evidenciara. Afirmó que la decisión, además, se soportó en el análisis de una inspección judicial que no contaba con el soporte contable de la empresa.

La Empresa de Servicios de San Marcos ESAM E.S.P. se opuso a los argumentos del recurso y puso de presente su conformidad con lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento, en la medida en que resolvió de fondo las pretensiones de la demanda, según la normatividad aplicable y el recaudo probatorio definiendo la litis, en el marco de la cláusula compromisoria.

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

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

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

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

Consideraciones de la Sala

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

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

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

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

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

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

En este punto, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en un pronunciamiento sobre la materia, oportunidad en la que, luego de un recorrido histórico sobre la

¹¹ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

causal de anulación, se sintetizó su contenido y alcance en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² Nota original de la cita: “Artículo 116. (...)”

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subraya fuera del texto).

*responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia*¹³.

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

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

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

Así mismo, la Corte ha señalado que los fallos en derecho y en conciencia son dos modalidades de decisión arbitral excluyentes y que la equidad es un criterio de interpretación. Sobre el punto, se sostuvo:

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

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

*De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el **fallo en equidad o en conciencia** se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico, prescindiendo del ordenamiento positivo y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la*

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

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

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

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

controversia¹⁷, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”)¹⁸.

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

(..)

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

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

(..)

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política²¹ hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho²². Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable.

(...)

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

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

El caso concreto

En el presente caso, la Sala debe establecer si el Tribunal de Arbitramento adoptó un fallo en conciencia, porque, en sentir de la sociedad de Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. adelantó un estudio matemático que no le correspondía, sin contar con una prueba técnica como la pericial, mediante la cual se demostraran los porcentajes de los subsidios aplicados en la facturación presentada por el operador ante el ente territorial y se explicaran los soportes de las cuentas de cobro.

Para resolver la causal invocada, la Sala analizará a fondo los argumentos tenidos en cuenta por los árbitros para definir la controversia.

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

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

²² Cita original de la sentencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00 (52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación.

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

Del contenido del laudo arbitral se observa que previo a resolver la litis, los árbitros resumieron los hechos de la demanda y pusieron de presente las pretensiones y los argumentos de defensa de las entidades convocadas en la contestación del libelo y en los alegatos de conclusión. Así mismo, dieron cuenta de cada una de las etapas del trámite arbitral y relacionaron las pruebas allegadas al proceso. Analizaron los presupuestos procesales, relacionados con la competencia del Tribunal de Arbitramento, la consignación de los honorarios, la capacidad y representación de las partes.

Precisado lo anterior, el Tribunal de Arbitramento adelantó el estudio sobre el marco teórico y normativo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, así como lo subsidios a los usuarios de bajos ingresos. Trajo a colación la normatividad aplicable sobre la materia, tales como los artículos 345 y 368 constitucionales; 5, 14, 86 y 97 de la Ley 142 de 1994; 5 y 38 del Decreto 111 de 1996; 1608 y 1609 del Código Civil; la Ley 38 de 1989 y el Decreto 565 de 1996. De igual forma, las normas procesales contenidas en el CPACA y el Código General del Proceso. De igual forma, las sentencias C-086 de 1998 y la proferida por el Consejo de Estado el 10 de marzo de 2016, dentro del radicado 2006-00927.

Acto seguido, el Tribunal de Arbitramento analizó el material probatorio allegado a la actuación y encontró acreditado lo siguiente:

A. La celebración del contrato de operación con inversión No. 12 que el 30 de julio de 2002 suscribieron los gerentes de ESAM E.S.P. y AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P., en el cual se acordó como objeto del pacto la regulación de las obligaciones, derechos y actividades que le correspondía tanto a la ESAM E.S.P. como AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. durante la ejecución del pacto encaminado a adelantar la gestión, financiación, operación, rehabilitación, diseño, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato.

B. Que en el citado documento, respecto del reconocimiento de los subsidios, se estipuló que es deber de EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS ESAM E.S.P. realizar todas las diligencias indispensables para la consecución de los recursos presupuestales destinados a sufragar los subsidios de los usuarios que tengan derecho a ello. No obstante, a renglón seguido se condicionó ese deber a que el operador presentara una solicitud debidamente justificada.

C. Que AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P., como consta en los documentos que datan de septiembre 29 de 2004, realizó gestiones encaminadas a que el municipio de San Marcos le reconociera y ordenara pagarle los subsidios que afirma haber otorgado a los usuarios de los estratos 1 y 2 del municipio de San Marcos durante el período que va de septiembre de 2002 a agosto de 2006.

D. Que el Municipio de San Marcos no reconoció ni pagó a AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. suma alguna correspondiente a los subsidios que la

demandante afirmó haber otorgado a los usuarios de los estratos 1 y 2 del municipio de San Marcos durante el período que va de septiembre de 2002 a agosto de 2006.

E. Que la EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS E.S.P. no reconoció ni pagó a AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. suma alguna correspondiente a los subsidios que otorgó a los usuarios de los estratos 1 y 2 del municipio de San Marcos durante el período que va de septiembre de 2002 a agosto de 2006.

F. Que AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. no presentó ante la secretaría de hacienda del municipio de San Marcos documento alguno que contuviera la proyección de los subsidios que aplicaría a los usuarios de los estratos 1 y 2 durante los años 2002, 2003, 2004, 2005 y la fracción del 2006.

G. Que entre el Municipio de San Marcos y la ESAM E.S.P. suscribieron el convenio interadministrativo No. 002 de 22 de julio de 2002 en el que el ente territorial se comprometió a apoyar financieramente a la ESAM E.S.P. en el proceso de modernización y celebración de la licitación para escoger el operador del servicio hasta el punto de convertirse en deudor solidario respecto de las obligaciones que adquiriera con el operador especializado.

A manera de conclusión, los árbitros señalaron:

Del resultado de la valoración probatoria dimanó que: i) se suscribió el contrato de operación con inversión No. 012 de 2002 celebrado entre EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS E.S.P. Y AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P., ii) que en él se acordó que los entes públicos tenían la obligación de transferir a Aguas de la Mojana el monto de los subsidios, iii) que durante los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 el Municipio de San Marcos no transfirió a Aguas de la Mojana S.A. E.S.P. suma alguna correspondiente a los subsidios, iv) que ni ESAM E.S.P. ni el municipio de San Marcos realizaron gestiones para obtener los recursos para pagar los subsidios causados durante los años 2002 a 2006, y, v) que Aguas de la Mojana S.A. E.S.P. no presentó solicitud alguna que contuviera la proyección del monto de los subsidios que otorgaría a los estratos 1 y 2, como tampoco la proyección del valor de las contribuciones que se recaudaría en la facturación de los usuarios comerciales e industriales.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal abordó el estudio de las excepciones propuestas, particularmente se detuvo en las relativas al cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación cobrada, propuestas por la ESAM E.S.P. y el Municipio de San Marcos (Sucre), respectivamente. Encontró que la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. no demostró los cálculos de las contribuciones a recaudar a los usuarios del sector comercial e industrial, tampoco el monto de los subsidios que se debían otorgar a los beneficiarios de los estratos 1 y 2. Así mismo, advirtió que la convocante no solicitó la inclusión de las partidas que reclamaba en el presupuesto municipal, con miras a atender el pago de los subsidios que otorgaría. Por tanto, consideró que la contratista incumplió su obligación legal y contractual con anterioridad a la presentación de las cuentas de cobro.

Ahora, en cuanto a las explicaciones del operador, relacionadas con la omisión del ente territorial en crear el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso,

necesario para establecer el porcentaje de los subsidios, los árbitros consideraron que su entrada en operación no era necesaria, ya que en el contrato ni en el numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley 142 de 1994 se exige. Se transcriben algunos apartes relacionados con el punto:

AGUAS DE LA MOJANA S.A. E.S.P. justifica su omisión en no estar creado el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso y no haberse fijado los porcentajes correspondientes a los subsidios, a pesar de que desde el momento mismo en que participó como proponente ante la convocatoria para escoger el operador privado tenía consciencia del régimen legal que regía este tipo de vinculación contractual y, por ende, debió prever la solución a los inconvenientes que se presentaran, inclusive los que comportaran omisiones de los entes públicos que afectaran el buen suceso de su actividad.

La falta de creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso y la tardanza en la regulación de los porcentajes, sin duda, constituye un incumplimiento del ente municipal. Sin embargo el que sea cierto que la creación del instrumento que echa de menos la demandante data apenas de 19 de agosto 2004 y que el porcentaje de los subsidios se estableció a través del acuerdo 003 de 2006, para este Tribunal el argumento no es de recibo dado que para que el municipio reconociera y pagara los subsidios no era menester que el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso estuviera operando. Esto encuentra asiento en lo dispuesto por el numeral 5.3 del artículo 5 de la Ley 142.

A partir de esa disposición se ha entendido que el pago de los subsidios no está atado al funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, sino a lo que el ente territorial haya dispuesto sobre el particular, conforme a las partidas que para el efecto se hubieren incorporado en el presupuesto municipal, cuya constitución se hace depender de que el operador cumpla la carga de solicitar, con la motivación y la ponderación suficientes, el monto estimado de los subsidios que prevé otorgar en la vigencia futura.

Ahora, el Tribunal de Arbitramento pasó a resolver si el Municipio de San Marcos Sucre estaba obligado a pagar el crédito a favor de la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P., derivado de la no transferencia de los subsidios por la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, correspondiente a los años 2002 a 2006. Sobre el particular, sostuvo:

Se pudo verificar en el contrato de operación con inversión No. 012 de 2002 cláusula 11 literal k, que ciertamente es una obligación del contratante realizar todas las diligencias indispensables para la consecución de los recursos presupuestales destinados a sufragar los subsidios de los usuarios que tengan derecho a ello, de acuerdo con la solicitud que presente el operador, debidamente justificada.

No cabe duda que frente a las distintas disposiciones tanto constitucionales como legales que se han citado en este documento, el Municipio de San Marcos como entidad territorial es solidario respecto de las reclamaciones que se recaban en este tribunal, pues finalmente es al que le corresponde por mandato legal, Presupuestar los Recursos para subsidiar a los usuarios o suscriptores de los servicios de Acueducto y Alcantarillado clasificados en los estratos más bajos de la población.

No obstante, lo anterior corresponde a este Tribunal contrastar todo lo acontecido con la normatividad aplicable en estos casos desde un punto de

vista integral, para analizar si se le puede atribuir a la entidad territorial la responsabilidad del pago de los subsidios reclamados en razón de una omisión en su deber legal.

El Decreto 565 de 1996 reglamenta de manera específica la Ley 142 de 1994 en relación con los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo. En el artículo 5 (titulado Determinación del Monto de Subsidio), la reglamentación establece un condicional en el sentido de que, para ello, es decir que para determinar el monto de los subsidios, cada entidad prestadora de los servicios públicos deberá comunicar a la Secretaria de Hacienda o a quien haga sus veces los requerimientos anuales de Subsidio, en la preparación del anteproyecto de presupuesto municipal, igualmente debe comunicar los estimativos de recaudo por aportes solidarios.

De las anteriores consideraciones fluye que a esa comunicación de requerimientos de subsidios debe existir una norma local que establezca los porcentajes de unos y otros. Es decir, debe estar reglado a nivel local por acto administrativo que establezca qué porcentajes de subsidios se van a otorgar a los estratos 1 y 2 y qué porcentajes de contribuciones ha de cobrarse a los estratos 5 y 6 y para los usos comercial e industrial.

Esto último lo debe hacer el Concejo Municipal en atención a los numerales 7 y 10 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994 (..).

No obstante esta reglamentación, la dinámica para el otorgamiento de subsidios para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, solo fue definida a través del Decreto 1013 del 2005 en el artículo 2, Metodología para la determinación del equilibrio (entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo), disposición mediante la cual se precisan las fechas del calendario para que el prestador de los servicios presente al Alcalde la estimación de los recursos necesarios que deben presupuestarse en la vigencia siguiente, partiendo de la proyección de los montos a recaudar por concepto de aportes solidarios, que determinan, según los porcentajes de subsidios, los requerimientos para obtener el equilibrio. Esta disposición precisa la información que debe soportar las proyecciones y que debe allegar el prestador, esto es, número de usuarios atendidos, discriminados por servicios, estratos y usos, desagregación de consumos y vertimientos, la cual es básica y fundamental para realizar el ejercicio prospectivo.

Sin perjuicio de estos detalles traídos de una norma nacional posterior a la entrada en vigencia del contrato de operación con inversión es necesario advertir que en el caso que examinamos, objeto del proceso arbitral, prevalece para efectos de otorgamiento de subsidios lo previsto en el artículo 5 del Decreto 565 de 1995 en el sentido de que era una obligación sine qua non del prestador del servicio, comunicar a la Secretaria de Hacienda o quien haga sus veces las estimaciones de los recaudos por aportes solidarios y los subsidios, como un requisito para que dicha cifra hiciera parte del ante proyecto de presupuesto municipal, para que las mismas posteriormente fueran consideradas y aprobadas por el Concejo Municipal, requisito indispensable para el otorgamiento de subsidios en la siguiente vigencia. Mal podía el operador, motu proprio, aplicar subsidios sin contar con el respaldo presupuestal del Municipio donde posterior y mensualmente tenía que presentar las cuentas de cobro.

En este análisis necesariamente debe abocarse la consistencia argumentativa del demandante cuando reclama el pago de subsidios otorgados en circunstancias alejadas del marco legal. En efecto, la Ley 142 de 1994, dispone en su artículo 5, numeral 5.3 acerca de las competencias del Municipio en cuanto a la prestación de los servicios públicos "Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos con cargo al presupuesto del Municipio de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y la presente ley", la misma norma en el artículo 99, que trata sobre la forma de subsidiar en el numeral 99.5 "... los alcaldes y concejales tomarán las

medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal y ejecutar apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos...dando prioridad a esas apropiaciones, dentro de las posibilidades del municipio, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de este. La infracción de este deber dará lugar a sanción disciplinaria".

De otro lado, el Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto, señala como principios presupuestales, la planificación, la universalidad y anualidad entre otros, haciendo referencia respectivamente, a la obligatoriedad de las entidades territoriales al momento de elaborar sus presupuestos, de ser concordantes con el plan financiero (proyección o planes de ingresos y gastos); la comprensión periódica del ejercicio presupuestal, es decir la anualidad y la necesidad de incorporar la totalidad de los gastos públicos que se espera ejecutar en una vigencia es decir la universalidad, principios que para este caso se materializan con la correspondiente previsión del cálculo del gasto público social por concepto de subsidios en cada una de las correspondientes vigencias fiscales.

Aquí es preciso indicar que el artículo 38 literal b del citado Estatuto Orgánico de Presupuesto prescribe acerca del presupuesto de gasto que en el mismo solo se podrán incluir apropiaciones a gastos decretados conforme a la ley, significa esto que las apropiaciones necesarias por parte del municipio para el giro o pago de subsidios debían y deben registrarse como lo ordena la ley, en este caso la Leyes 142/94, 136/94 y los decretos reglamentarios 565 de 1995 y 1013 de 2005.

Los árbitros destacaron que en el literal k) de la cláusula 11 del contrato de operación con inversión n.º 012 de 2002, las partes convinieron en que el contratante estaba obligado a *“realizar todas las diligencias indispensables para la consecución de los recursos presupuestales destinados a sufragar los subsidios a los usuarios que tengan derecho a ello, de acuerdo con la solicitud que presente el OPERADOR debidamente justificados”*. De igual forma, encontraron que en la cláusula 30, sobre subsidios y contribuciones de solidaridad, el operador *“deberá cumplir con la Ley 142 de 1994 y las normas que las sustituyan complementen o adicionen en materia de subsidios a estratos de menores ingresos y contribuciones de solidaridad, en especial sobre los plazos condiciones y celeridad que establezca la CRA. De conformidad con lo establecido en la Ley 632 de 2000, el OPERADOR deberá cumplir con las normas y regulaciones en materia del balance entre subsidios y contribuciones para que se mantenga el equilibrio necesario para otorgar los aportes solidarios a los estratos subsidiables”*.

Así mismo, el Tribunal trajo a colación lo previsto en el artículo 2º de la Ley 632 de 2000, el Acuerdo 019 de 2004 y el Decreto 1013 de 2005 en los siguientes términos:

Sobre este balance, el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que "El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio", lo que finalmente sucedió cinco años después con la expedición del Decreto 1013 de abril 4 de 2005 "Por el cual se establece la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo".

De otro lado, el Acuerdo 019 de agosto 25 de 2004, expedido por el Concejo Municipal de San Marcos, mediante el cual se crea el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso del orden municipal para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo (folios 1739 a 1744), prescribe en el artículo 7 que "La Empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de San Marcos, ESAM E.S.P, u otra aquella que preste servicio público domiciliario, comunicará a la tesorería municipal o a quien haga sus veces en la preparación del anteproyecto de presupuesto, los requerimientos anuales de subsidios. Así mismo comunicará los estimativos de recaudo por aportes solidarios cuando haya lugar a ello.

De conformidad con la legislación aplicable sobre la materia, lo pactado por las partes en el contrato y el acervo probatorio, el Tribunal de Arbitramento encontró acreditado que la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. no cumplió con la obligación de comunicar las proyecciones o requerimientos que sirvieran de soporte al ente territorial para presupuestar el gasto público social, debidamente justificado desde el punto de vista técnico. Esto, en la medida en que se trataba de definir una apropiación que generaba la aplicación de un mandato constitucional, en el que justamente se debían relacionar los beneficiarios del subsidio, los consumos, destinos y usos, información del manejo exclusivo de quien presta los servicios. Lo anterior, de conformidad con el siguiente material probatorio:

Según las pruebas que obran en el expediente, a folios 1733 a 1736, es evidente que el Municipio de San Marcos expidió el Acuerdo 003 del 21 de marzo de 2006, por el cual se establecen los porcentajes de los aportes solidarios para otorgar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo del Municipio de San Marcos.

En el expediente, a folios 1726 a 1728 encontramos la Resolución 238 de agosto 10 de 2006, expedida por el alcalde de San Marcos, mediante la cual se establecen los porcentajes que se aplican para el establecimiento de los subsidios a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo para los estratos 1 y 2, en desarrollo del Acuerdo 019 de 2004, del Decreto 565 de 1996, del decreto 1013 de 2005 y del Acuerdo Municipal 003 de 2006.

Reposa en el expediente, folios 1718 a 1724 el convenio de fecha 8 de agosto de 2006, suscrito entre el Municipio de San Marcos y la empresa Aguas de la Mojana S.A. E.S.P. para reglamentar el aporte de subsidios. En la cláusula CUARTA Recursos Destinados por el Municipio al cumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante este contrato, aparece el compromiso del Municipio de destinar los recursos para amparar la diferencia entre aportes solidarios y subsidios.

En el folio 1725 reposa el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal que respalda subsidios de acueducto y alcantarillado estratos 1 y 2 de la vigencia 2006. Para esa época, agosto del año 2006, se habían tomado las siguientes decisiones:

- Creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, mediante el Acuerdo 019 de 2004, mediante (sic) el cual se define el máximo del porcentaje a subsidiar a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de San Marcos, documento que milita a folios 1739 a 1744.

- Definición de los porcentajes de aportes solidarios aplicables a los usuarios industriales y comerciales dentro del municipio de San Marcos a través del

Acuerdo No. 003 del 21 de marzo de 2006, documento que milita a folios 1733 a 1737.

- Definición de los porcentajes que se aplican para el otorgamiento de subsidios a los estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, mediante la Resolución No. 238 de agosto 10 de 2006, documento que milita a folios 1726 a 1728.

- Convenio celebrado entre el Municipio de San Marcos y Aguas de la Mojana S.A. E.S.P. del 8 de agosto de 2006, a través del cual se definieron las condiciones necesarias para asegurar las transferencias de los recursos destinados a cubrir los subsidios que en los porcentajes de los consumos básicos y costos fijos indicados en los planes tarifarios y tarifas de Aguas de la Mojana S.A. E.S.P. concede el municipio de San Marcos, a los suscriptores de menores ingresos de los servicios de acueducto y alcantarillado, según la metodología tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que obra a folios 1719 a 1724.

De conformidad con lo anterior, los árbitros establecieron que una vez agotadas las etapas previstas en la normatividad en cita, se configuraban las condiciones para la aplicación de los subsidios, previa la aprobación de las partidas presupuestales correspondientes. De ahí que el operador incumplió con lo dispuesto en la ley, pues sin contar con el soporte presupuestal presentó las cuentas de cobro y aplicó los subsidios cuando los porcentajes no habían sido definidos por el municipio, competente para hacerlo. De esta forma, concluyeron:

En tal sentido el accionar del operador resulta contrario a la ley cuando, sin tener atribuciones ni soporte presupuestal previo, aplica subsidios y luego pasa al Municipio las cuentas de cobro por concepto de subsidios en los servicios de acueducto y alcantarillado correspondiente a los años 2002 a 2006, aplicando porcentajes cuando estos aún no habían sido definidos por el Municipio, es decir lo hace motu proprio, arrogándose una atribución que por ley está en cabeza de autoridades municipales, tal como se demuestra en las normas citadas.

Como pruebas aportadas por el operador a folios 612, 614 y 616 se encuentran facturas correspondientes a usuarios del estrato 1 vigencia 2003, donde se demostró al hacer el ejercicio para establecer el porcentaje de subsidio aplicado, subsidio 8.252 dividido en el cargo fijo 13.754 igual 0.5999, que es del 60%, por encima del porcentaje máximo establecido en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, y diferente a los valores cobrados para el estrato 1 "definido" por el operador en las cuentas de cobro que presenta al municipio en el 40%, según se aprecia en el folio 96.

Adicionalmente en el examen de las pruebas obtenidas en la inspección judicial practicada a los libros contables, declaraciones de rentas y estados financieros del operador, afloran inconsistencias en relación con los valores relacionados como subsidios por cobrar, los cuales no se ven reflejados en la contabilidad anualmente, lo cual da lugar a muchos vacíos.

A pesar de la demora por parte del Municipio de crear el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, pues sólo se hizo en agosto de 2004, no es menos cierto que el operador tuvo en sus manos todo el tiempo la herramienta contractual, literal k, artículo 11, que le permitía exigir el amparo presupuestal previo, enviando COMUNICACIÓN debidamente justificada con la información de los usuarios que iban a recibir el subsidio, a la administración municipal de los requerimientos presupuestales para otorgar los subsidios en cada vigencia fiscal. Es más, después de creado el Fondo tampoco procede a cumplir el mandato del Acuerdo, pues el artículo

7 del Acuerdo 019 también ordena la obligación de COMUNICAR al ente territorial en la preparación del anteproyecto de presupuesto, los requerimientos de subsidio y los estimativos de recaudo, y está demostrado que en ese periodo nunca el operador comunicó lo pertinente.

Con base en el análisis expuesto, está plenamente demostrada la tardanza, la mora, del ente municipal para generar el esquema legal local para el otorgamiento de subsidios y cobro de contribuciones, pero ese vacío administrativo no facultaba al operador a arrogarse funciones del Estado e iniciar un proceso sin tener definido el esquema legal pertinente.

Así las cosas, queda demostrado que resulta legalmente imposible reconocer a favor del operador lo pedido en su demanda, es decir el pago de las cuentas por concepto de subsidios de los años 2002 a 2006 mes de agosto.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación cobrada y negó las súplicas de la demanda (fls. 2061-2162 cuaderno ppal.).

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

Ahora, en cuanto al argumento de que los árbitros realizaron cálculos que no les correspondía y, en su lugar, omitieron valerse de una prueba técnica que demostraran los porcentajes de los subsidios aplicados en la facturación presentada por el operador ante el ente territorial y explicaran los soportes de las cuentas de cobro, lo que evidencia el trámite arbitral y el laudo objeto de reproche es que el Tribunal valoró las pruebas obrantes en el plenario, por lo que el juzgamiento deficiente o equivocado de dicho material no puede adelantarse en sede de anulación.

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

La Sala observa que los argumentos del recurrente escapan a la competencia que tiene el juez de la anulación, pues tienen que ver con el fondo del asunto, esto es, el incumplimiento contractual y el desconocimiento de los requisitos que debía cumplir el operador, en este caso la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P., antes de presentar la facturación del servicio y los subsidios aplicados a los

beneficiarios de los estratos 1 y 2. Cuentas de cobro que, además, debían estar debidamente justificadas y soportadas, previa apropiación presupuestal que, según el material probatorio recaudado, la contratista debió solicitar en oportunidad y no lo hizo.

De ahí que las razones de la impugnación se orientan a rebatir las conclusiones de los árbitros, sustentadas en normas, principios y pruebas, en un ejercicio de razonamiento distinto al que la parte convocante estimó que debió seguirse, pero no configurativo de un fallo en conciencia.

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

Por tanto, mal puede acogerse en el presente caso la censura planteada por la parte recurrente, en cuanto a que el análisis realizado por los árbitros debió tener en cuenta pruebas que no fueron solicitadas ni practicadas durante el trámite arbitral y juicios probatorios adicionales a los considerados en el laudo, por lo que, en su sentir, se debió adoptar una conclusión diferente a la que se plasmó en la decisión que resolvió la controversia.

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

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

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, la causal de anulación invocada no tiene vocación de prosperidad y, por tanto, el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por la parte convocante contra el laudo proferido el 19 de febrero de 2018 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de operación con inversión n.º 012 de 2002, se declarará infundado.

6. Costas y agencias en derecho

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

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

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

En el presente asunto, la Sala restringirá la condena por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia para cada una de las entidades convocadas y a cargo de la convocante –recurrente en el presente asunto-, de conformidad con los criterios y tarifas establecidas por el numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016²⁵, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por los apoderados de aquellas en el trámite del recurso de anulación, la cual se evidencia en el plenario.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral proferido el 19 de febrero de 2018.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la sociedad Aguas de La Mojana S.A. E.S.P. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia para cada una de las entidades convocadas y a cargo de la convocante –recurrente en el presente asunto-.

²⁵ Las tarifas de agencias en derecho son:
(...)

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA