



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación: 11001032600020070005800
Expediente: 34.525
Impugnante: DISELECSA LTDA e I.S.M. S.A. -integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A.-
Naturaleza: Recurso extraordinario de anulación

La Corte Constitucional, mediante sentencia de tutela SU-173 del 16 de abril de 2015, dejó sin efectos el fallo proferido por esta corporación en el trámite de la referencia el 13 de mayo de 2009 y ordenó volver a fallar la impugnación, razón por la cual la Sala Plena de la Sección Tercera procede a decidir nuevamente el recurso extraordinario de anulación interpuesto el 30 de agosto de 2007¹, por Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. - I.S.M. S.A.- integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. (parte convocada), contra el laudo del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario del 23 de agosto del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión 1 del 31 de diciembre de 1997, celebrado entre dicha unión temporal y el municipio de Neiva (parte convocante).

En el laudo cuestionado se adoptaron las siguientes decisiones (se transcribe como aparece a folios 613 a 619, C. de Estado):

¹ El Presidente del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir el conflicto certificó, por solicitud de esta Corporación, que el recurso de anulación fue presentado el 30 de agosto de 2007, en razón a la ausencia de fecha de radicación del mismo.

“PRIMERO.- Declarar impróspera la objeción por error grave contra el dictamen pericial financiero rendido por el perito **JULIO E. VILLARREAL NAVARRO** y frente a la experticia de **VANCAST & ASOCIADOS LTDA.**, por lo expuesto en la parte motiva.

“SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por la Parte Convocada contra la demanda principal y su reforma, denominadas ‘Buena fe contractual por parte de los miembros de la Unión Temporal en la ejecución del Contrato de Concesión’ y ‘Cumplimiento total de las obligaciones contractuales y legales a cargo de los miembros de la Unión Temporal’, las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

“Respecto de las excepciones denominadas ‘Ausencia de Legitimación en la causa activa; ‘Ausencia de Legitimación en la causa pasiva’; ‘Ausencia de causa para pedir’; ‘Ausencia total de presupuestos para deducir el insinuado incumplimiento de las obligaciones a cargo de los miembros de la Unión Temporal’; ‘Validez e intangibilidad del contrato (Pacta Sunt Servanda)’; ‘Culpa grave del Municipio de Neiva al contravenir sus propios actos’; ‘Irrevocabilidad de la oferta aceptada por el Municipio de Neiva’; ‘El Municipio de Neiva está invocando su propia culpa para demandar incumplimientos que no existen’; ‘Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para dirimir controversias contractuales entre la Fiduciaria y los Beneficiarios del Contrato de Fiducia’, ‘Abuso del derecho de litigar por parte del Municipio de Neiva’; ‘Petición de modo indebido’; ‘Inexistencia de la obligación de revisar el Contrato’ y ‘La convocatoria está dirigida a obtener en conciencia y no en derecho la revisión del Contrato de Concesión’, se declaran no probadas y, por tanto, se rechazan.

“Con relación a las excepciones denominadas ‘Inexistencia absoluta de imprevisión contractual justificativa de la revisión del contrato’; Ausencia total de presupuestos para invocar el desequilibrio financiero o de cualquier otra índole entre los contratantes’, no hay lugar a pronunciamiento, por estar referidas a las pretensiones subsidiarias respecto de las cuales no hubo necesidad de pronunciamiento, por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

“TERCERO: Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’**, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados los últimos con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación de los costos del componente de suministro y montaje con el índice de Precios al Consumidor, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.’

“CUARTO: Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’**, tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“QUINTO: Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’**, tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en

segundo lugar, en el Índice de Precios al Consumidor, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“SEXTO: Declarar que los excedentes del flujo de caja del proyecto una vez ajustado el mismo tanto en sus ingresos como egresos, con base en los supuestos o variables macroeconómicas de la propuesta, deben destinarse a la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio de Neiva y que los recursos sobrantes a la terminación del contrato deben restituirse al Municipio de Neiva con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“SÉPTIMO: Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’**, tiene derecho a destinar a publicidad, seguros y contingencias como máximo las sumas de dinero previstas para estos ítems en el flujo financiero proyectado, ajustadas en el índice de Precios al Consumidor (IPC) y que, dentro de dicho límite, las sumas de dinero a que tiene derecho a cobrar y recibir son aquellas que efectivamente hayan sido destinadas a publicidad, seguros o contingencias, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

“OCTAVO: Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A ‘I.S.M. S.A.’**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE CON VEINTIDOS CENTAVOS (\$4.682.979.352,22), que contiene su actualización, recibida en exceso por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento de las luminarias existentes y también del incremento de precios efectuado por encima del IPC, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas en día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“NOVENO: Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA ‘I.S.M. S.A.’**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$5.437.253.791,58) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“DÉCIMO: Las condenas impuestas en las decisiones precedentes, serán cumplidas en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con éste y la Sentencia C-189 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo, por lo expuesto en la parte motiva.

“DÉCIMO PRIMERO: Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda principal y en su reforma presentada por el Municipio de Neiva y, abstenerse de decidir las pretensiones subsidiarias en virtud de la prosperidad de las respectivas principales, por lo expuesto en la parte motiva.

“DÉCIMO SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por el Municipio de Neiva, contra las demandas de reconvencción presentadas por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA ‘I.S.M. S.A.’**, denominadas ‘Cumplimiento total de las obligaciones por parte del Municipio de Neiva’ e ‘Illegitimidad de lo pretendido por inexistencia de la obligación’, las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

“Respecto de las excepciones denominadas ‘Incumplimiento de la demandante en reconvención’ y ‘Falta de buena fe de la demandante en reconvención’ el Tribunal las declara no probadas y, respecto de las denominadas ‘Pretensión de enriquecimiento sin causa’; ‘Actuación del Municipio de Neiva de conformidad con lo dispuesto en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo’; ‘Inexistencia de un daño del que pueda derivarse una indemnización.’; ‘Rompimiento de la ecuación financiera y económica del contrato’ y ‘Genérica’ se abstiene de decidir las por la prosperidad de las otras, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

“**DÉCIMO TERCERO:** Denegar las pretensiones declarativas y de condena formuladas en las demandas de reconvención presentadas, por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA ‘I.S.M. S.A.’** contra **EL MUNICIPIO DE NEIVA** por lo expuesto en la parte motiva.

“**DÉCIMO CUARTO:** Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

“**DÉCIMO QUINTO:** En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

“**DÉCIMO SEXTO:** Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al Representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).

Mediante providencia de 23 de agosto de 2007 (fls. 646 a 676, C. Consejo), el Tribunal, a solicitud de las partes, aclaró el laudo arbitral. En la parte resolutive se lee (se transcribe como aparece textualmente en la providencia):

“**PRIMERO:** Aclarar y corregir el numeral noveno de la Parte Resolutive del Laudo Arbitral proferido el 14 de agosto de 2007 y, cuyo texto, en consecuencia, se sustituye y quedará como se indica a continuación: ‘**NOVENO:** Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. - DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA ‘I.S.M. S.A.’**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$ 6.545'073.556,18) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo’.

“**SEGUNDO:** Se niegan por las razones expuestas en esta providencia, las solicitudes de aclaración y complementación elevadas por las sociedades DISELECSA LTDA-I.S.M. S.A., en relación al laudo arbitral dictado el 14 de agosto de 2007.

“**TERCERO:** La aclaración y corrección ordenada en esta providencia, es parte integrante del laudo arbitral proferido el catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007), y de ella expídase copia auténtica a las partes y al señor Agente del Ministerio Público, con las constancias legales. Todo lo demás del Laudo Arbitral proferido el catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007) se mantiene” (fls. 675 a 676, C. Consejo).

ANTECEDENTES

1.- La cláusula compromisoria.

Entre el municipio de Neiva y la unión temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., integrada por Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. -I.S.M. S.A.-, fue celebrado el 31 de diciembre de 1997 un *“contrato de concesión para el mantenimiento y la operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en todo el territorio del Municipio de Neiva incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos necesarios para la repotenciación y la expansión del sistema”*.

En la cláusula vigésima tercera, las partes convinieron que las controversias que surgieran por la interpretación, ejecución y liquidación del contrato serían resueltas por un Tribunal de Arbitramento (se transcribe como aparece a folio 40, Cd. Pruebas 2):

“CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA: A) Toda controversia o diferencia entre las partes que se presente por razón de la interpretación ejecución y liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes. Si no se lograre un acuerdo entre las partes, su nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de Neiva a petición de cualquiera de ellas. Los árbitros decidirán en derecho y deberán ser abogados colombianos en ejercicio. El arbitramento podrá solicitarse por cualquiera de las partes, dando aviso oportunamente a la otra parte. B) Cualquier controversia que surja entre las partes en relación con un asunto técnico, financiero, contable o comercial y que no pueda ser resuelto entre ellas mismas, será dirimido mediante arbitramento técnico, por un árbitro que deberá ser designado de común acuerdo entre las partes, teniendo en cuenta lo siguiente: Si la controversia tiene que ver con temas técnicos u operativos, el árbitro será un ingeniero con experiencia en el asunto particular objeto del conflicto. Si la controversia tiene que ver con temas financieros o contables el árbitro será un auditor con experiencia en el asunto particular objeto del conflicto. 2) Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro corresponderá su designación a la Cámara de Comercio de Neiva. 3) La decisión del árbitro será obligatoria para las partes. C) El Tribunal así constituido se regirá en todo por las disposiciones sobre la materia establecidas en el decreto extraordinario 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y el decreto extraordinario 2651 de 1991 y las disposiciones de orden legal que los modifiquen adicionen o reformen. La sede del tribunal de arbitramento será la ciudad de Neiva y el procedimiento arbitral será administrado por el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de dicha ciudad. En caso de que entre las partes no haya acuerdo en cuanto a si determinada controversia es de naturaleza técnica, contable o comercial, entonces el asunto se someterá a arbitramento en derecho”.

2.- La demanda arbitral.

En escrito radicado el 24 de agosto de 2006, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Neiva, el municipio de Neiva, por conducto de

apoderado, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento que resolviera las controversias surgidas con ocasión del contrato de concesión del 31 de diciembre de 1997, celebrado entre dicho municipio y la unión temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., integrada por DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. para el mantenimiento y la operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en todo el territorio de Neiva, incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios necesarios para la repotenciación y expansión del sistema.

El 13 de febrero de 2007, el municipio de Neiva modificó y adicionó las pretensiones de la demanda y añadió algunos hechos. Las pretensiones de la demanda ya reformada fueron las siguientes (se transcribe como aparece a folios 325 a 336, Cd. Ppal 1):

“A. PRINCIPALES:

“PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la Unión Temporal DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados por el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

“SEGUNDA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, incrementando dicho valor por el Índice de Precios al Consumidor.

“TERCERA: Que se declare que la suma de \$288.880.149, cobrada y recibida por la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, en el mes de marzo de 2.004, para corregir las diferencias presentadas en el rubro de repotenciación (suministro y montaje), acumulado a octubre 31 de 2000, entre la rendición de cuentas a octubre 31 de 2.000 cuadro ‘MOVIMIENTO DE EFECTIVO ACUMULADO A OCTUBRE DEL 2.000’ (\$4.730.569.859) y el que aparece en el Informe de Cuentas Fiduciario correspondiente al período de enero a diciembre de 2.000 (\$4.440.589.710), ya había sido pagada y recibida al Concesionario.

“CUARTA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en segundo lugar, en el Índice de precios al Consumidor.

“QUINTA: Que se declare que los excedentes del flujo de caja del proyecto una vez ajustado el mismo tanto en sus ingresos como egresos, con base en los supuestos o variables macroeconómicas de la propuesta, deben destinarse a la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio de Neiva y que los recursos sobrantes a la terminación del contrato deben restituirse al Municipio de Neiva.

“SEXTA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de luminarias no suministradas ni instaladas, la suma de \$238.509.756, en pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma que resulte probada en el proceso, superior a la pactada, a la cual no tenía derecho.

“SEPTIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de ajuste en el suministro y montaje la suma de \$289.880.149, en pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma que resulte probada en el proceso, superior a la pactada, a la cual no tenía derecho.

“OCTAVA: Que se DECLARE que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de operación y mantenimiento la suma de \$3.587.425.898, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la que no tenía derecho por corresponder a un incremento de los costos equivalente al 18% fijo y no al IPC.

“NOVENA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de operación y mantenimiento la suma de \$527.131.841, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la que no tenía derecho en razón del menor alcance del servicio por la disminución del número de luminarias que efectivamente fueron objeto de operación y mantenimiento.

“DECIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de retorno de la inversión o utilidades, contractualmente no previstas, la suma de \$3.940.319.033, a pesos de las fechas en que se efectuaron los respectivos pagos, o la suma superior a la pactada que resulte probada en el proceso, a la cual no tenía derecho.

“DECIMA PRIMERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades previstas en el contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de \$238.509.756, o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A., sobre las que contractualmente tenía derecho

por concepto de suministro y montaje, en razón del menor alcance del servicio (luminarias no suministradas, ni instaladas), para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoría del laudo.

“DECIMA SEGUNDA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de \$289.880.149 o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por las mencionadas sociedades, a través UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., en el mes de marzo de 2.004, sobre las que contractualmente tenía derecho, por concepto de repotenciación de luminarias (suministro y montaje) acumulada a octubre 31 de 2000, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la fecha de ejecutoria del laudo.

“DECIMA TERCERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de \$3.587.425.898, o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del incremento de precios efectuado por encima del IPC, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas en día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“DECIMA CUARTA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de \$527.131.841, o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida en exceso por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A., sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento de las luminarias existentes, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“DECIMA QUINTA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de \$3.940.319.033 o la que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“DECIMA SEXTA: Todas las condenas se harán en pesos constantes, trayendo a valor presente la totalidad de las sumas a que fueren condenadas, desde las fechas en que la Unión Temporal y/o las sociedades que la conforman recibieron cada uno de los respectivos pagos, hasta la fecha de entrega real y efectiva al citado patrimonio autónomo.

“DECIMA SEPTIMA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a pagar intereses a la tasa de mora más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas, desde la fecha en que se recibieron tales sumas

hasta el pago efectivo total. En su defecto, que se condene a pagar intereses remuneratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas desde la fecha en que se recibieron tales sumas hasta la fecha de notificación del auto que admita la presente demanda y a partir de dicha fecha y hasta el pago total intereses a la tasa de mora más alta autorizada por la ley. En defecto de las dos anteriores, que se condene a pagar intereses remuneratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, sobre la totalidad de las sumas dinerarias a que fueren condenadas, desde la fecha en que se recibieron tales hasta la fecha de ejecutoria del laudo y a partir dicha ejecutoria y hasta el pago total intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley.

“DECIMA OCTAVA: Que se condene a las convocadas al pago de las costas del proceso y de las agencias en derecho.

“DECIMA NOVENA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, tiene derecho a destinar a publicidad, seguros y contingencias como máximo las sumas de dinero previstas para estos ítems en el flujo financiero proyectado, ajustadas en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y que dentro de dicho límite, las sumas de dinero a que tiene derecho a cobrar y recibir son aquellas que efectivamente hayan sido destinadas a publicidad, seguros o contingencias.

“VIGESIMA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’, ha violado el contrato de concesión celebrado con el MUNICIPIO DE NEIVA al haber cobrado y recibido por concepto de publicidad, seguros y contingencias, sumas de dinero sin haber acreditado que las mismas se destinaron a publicidad, seguros y contingencias.

“VIGESIMA PRIMERA: Que se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades previstas en el objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de dinero que resulte probada en el proceso, actualizada como se solicita más adelante, recibida por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., en exceso sobre las que contractualmente tenía derecho por concepto de publicidad, seguros y contingencias, para lo cual deberán entregar al patrimonio autónomo tales sumas el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“B. **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

“PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que el índice de Precios al Consumidor durante la ejecución del Contrato de Concesión ha sido sustancialmente inferior al 18%, que equivalía al IPC que se tomó como supuesto cuando se celebró el contrato.

“SEGUNDA PRETENSÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSÓN PRINCIPAL: Que para mantener hacia futuro las condiciones económicas existentes al momento de contratar, se revise el contrato, a efectos de establecer que el incremento a que tiene derecho el Concesionario, es el Índice de Precios al Consumidor vigente en cada período facturado.

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA Y A LA SEXTA PRETENSIONES PRINCIPALES: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que la contraprestación a que tiene derecho el Concesionario por el suministro y montaje de luminarias se pactó con base en un número estimado de luminarias a ser suministradas e instaladas, el cual resultó ser sustancialmente inferior al previsto en el momento de celebrar el contrato de concesión.

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare que se ha alterado en contra del MUNICIPIO DE NEIVA el equilibrio financiero o económico del contrato de concesión, habida consideración de que el Concesionario ha cobrado su remuneración por concepto

de operación y mantenimiento incrementando los costos en un 18% fijo anual (equivalente al índice de Precios al Consumidor que tomó como base para el flujo financiero del proyecto), mientras que éste índice ha resultado ser sustancialmente inferior a dicho porcentaje desde la fecha en que se celebró el contrato de concesión y, además, en razón de que la contraprestación a que tiene derecho el Concesionario por la operación y mantenimiento se pactó con base en un número estimado de luminarias que resultó ser sustancialmente inferior al previsto al momento de celebrar el contrato de concesión.

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA DECIMA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del Laudo y que, para tales efectos, se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero recibidas por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., que llegaren a probarse en el proceso que por concepto del menor número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el concesionario, hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo.

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA DECIMA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del Laudo y que para tales efectos se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión, a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero que llegare a probarse en el proceso que por concepto de disminución del Índice de Precios al Consumidor que se tuvo en cuenta para establecer los precios de operación y mantenimiento frente a los mismos índices durante la ejecución del contrato de concesión hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA DECIMA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha del Laudo y que para tales efectos se condene solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELECTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. ‘I.S.M. S.A.’ a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), todas las sumas de dinero recibidas por tales sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. que llegaren a probarse en el proceso, que por concepto del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento, hayan ocasionado un desequilibrio económico del contrato en contra del Municipio de Neiva, para lo cual deberán entregar tales sumas a dicho patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo”.

Los hechos de la demanda arbitral son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- Previa autorización impartida por el Concejo Municipal de Neiva, el alcalde de este municipio ordenó adelantar el procedimiento de selección, para contratar por el sistema de concesión *“el suministro e instalación, el mantenimiento y la expansión”* del alumbrado público, servicio que sería financiado con la tasa prevista en el acuerdo 066 del 27 de noviembre de 1997.

En los pliegos de condiciones se indicó que el costo mensual del suministro y de la operación y del mantenimiento se pagarían con los remanentes del recaudo de la tasa de alumbrado público, una vez cancelado el valor mensual del suministro de energía de dicho alumbrado; además, se incluyó el inventario de las luminarias existentes, que arrojó un total de 20.278 (para noviembre de 1997), de las cuales 18.113 debían ser sustituidas o repotenciadas; igualmente, se indicó el presupuesto de inversión inicial para la repotenciación de las 18.113 y los costos de operación y mantenimiento de las 20.278 o 20.283 luminarias².

2.2.- Entre los proponentes se encontraban las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. -I.S.M. S.A.- integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A., en cuya propuesta se presentó un presupuesto de inversión para repotenciación de la iluminación, sobre la base de 18.113 luminarias, indicando el valor unitario de cada ítem (tanto por material como por mano de obra), así como los costos de AIU e IVA sobre la utilidad, para un total de inversión inicial de \$5.278'209.103.

Asimismo, se presupuestaron en \$557'749.536 por año los costos de operación y mantenimiento para 20.283 luminarias existentes y se calculó el costo de dicho rubro durante los 20 años de la concesión en \$9.134'003.531 (valor a diciembre de 1997).

2.3.- En los mencionados ítems se incluyó la siguiente nota: "*Aplicando la tasa promedio de crecimiento anual del 3%, un **incremento promedio en precios unitarios anuales equivalentes al índice de precios al consumidor, estimados en el 18%** y el tiempo de duración del contrato, se obtiene el valor total anterior*" (fl. 17; C. Ppal. 1).

2.4.- En el flujo financiero del proyecto, contenido en la propuesta, se tomó como supuesto para las proyecciones el IPC promedio de los años 1995 y 1996, equivalente al 18% anual.

2.5.- La licitación fue adjudicada, mediante resolución 624 del 30 de diciembre de 1997, a la unión temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., integrada por Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. -I.S.M. S.A. y, al día siguiente, se suscribió el contrato de concesión, por un plazo de 20 años, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación.

² En el hecho 4.6 de la demanda se hace referencia a 20.278 luminarias existentes para noviembre de 1997; no obstante, en el hecho 4.9 se hace alusión a 20.283 luminarias (ver folios 16 y 16, C. Ppal. 1).

2.6.- El 9 de marzo de 1998, el concesionario y Fiduciaria del Estado celebraron el contrato de fiducia mercantil irrevocable con miras a constituir el patrimonio autónomo que se denominó "*FIDEICOMISO CONCESIÓN ALUMBRADO PÚBLICO DE NEIVA*" (fl. 19, C. Ppal. 1), para la administración financiera de los recursos, cuyas órdenes de pago serían impartidas por el fideicomitente o concesionario, siendo el municipio de Neiva un beneficiario del contrato de fiducia mercantil.

2.7.- Ese contrato de fiducia fue cedido por Fiduciaria del Estado S.A. –en liquidación- a Fiduagraria S.A., mediante acta del 15 de septiembre de 2003, con la aceptación de Diselecsa Ltda. – ISM S.A.

2.8.- De conformidad con lo previsto en los pliegos de condiciones de la licitación, en la propuesta y en la cláusula quinta del contrato, el concesionario se obligaba a suministrar e instalar (repotenciar) 18.113 luminarias, dentro de los doce (12) meses iniciales del contrato; pero, tan solo lo hizo respecto de 13.248, según acta de entrega suscrita el 27 de julio de 1999. Con todo, durante 1998 y 1999, el concesionario impartió órdenes de pago a su favor por \$4.742'799.014, por concepto de suministro y montaje de luminarias, suma superior a la que contractualmente tenía derecho, puesto que cobró y recibió de la fiduciaria pagos por concepto del total de las 18.113 luminarias, pese a que solo suministró e instaló 13.248.

2.9.- Asimismo, en marzo de 2004, la fiduciaria efectuó un pago al concesionario por \$289'880.149, para reponer la diferencia presentada entre la rendición de cuentas de la fiduciaria, a octubre de 2000 y la correspondiente a diciembre del mismo año, por concepto de repotenciación (suministro y montaje) acumulada a octubre 31 de 2000.

2.10.- Afirma el convocante que, si bien el número de luminarias materia de operación y mantenimiento se estableció en los pliegos de condiciones y en el contrato en 20.283, el número real tan solo llegó a 16.872, según inventario que consta en el acta de entrega suscrita entre el concesionario y el ente territorial el 27 de julio de 1999. Según la propuesta, el concesionario tenía derecho a recibir por este concepto los precios ofertados para cada ítem de operación y mantenimiento multiplicado por el número real de luminarias ajustados con el I.P.C.; pero, entre febrero de 1998 y mayo de 2006, el concesionario cobró y recibió de la fiduciaria \$9.582'373.536,77, que corresponden al costo de 20.283 luminarias y un ajuste en los precios propuestos del 18% anual, cuando, en realidad, solo debía cobrar y recibir \$5.832'659.498,27; por ende, cobró sumas a las

cuales no tenía derecho e incrementó el valor de los precios en un 18% anual, cuando debía hacerlo con el IPC.

2.11.- El concesionario recibió, sin justificación, \$3.587'425.898 por efectuar el ajuste de precios por encima del IPC, \$527'131.841 por haber excedido el alcance real del servicio de operación y mantenimiento y \$3.940'319.033 (durante el período junio de 2002 a mayo de 2006) por concepto de retorno de la inversión, adicional a las utilidades contractualmente previstas, valor este último que debía ser destinado a la expansión del sistema de alumbrado público del municipio.

2.12.- Precisó el convocante que, de admitirse que el concesionario tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento el valor total proyectado, independientemente del número de luminarias que realmente son objeto de operación y mantenimiento, el valor pagado por el municipio por cada luminaria es superior al previsto en el momento de celebrar el contrato, lo cual altera el equilibrio financiero del contrato en detrimento de la entidad territorial. Igualmente, se produce tal desequilibrio si se admite que los precios propuestos por el concesionario, por concepto de operación y mantenimiento, se incrementan en un porcentaje del 18% que era el IPC que se tomó como referente para la elaboración de la propuesta (IPC promedio 1995 – 1996) y no en el porcentaje equivalente al IPC real de cada año, que ha sido sustancialmente inferior durante el período de ejecución del contrato.

2.13.- Señaló la entidad territorial que las utilidades del concesionario estaban previstas e incluidas en los precios y costos propuestos al municipio y aceptados por éste y el retorno de la inversión correspondía a esas utilidades; adicionalmente, según el pliego de condiciones, la propuesta del concesionario y el contrato de concesión, no se pactó que el municipio reconocería y pagaría utilidades o retornos de inversión distintos a los contemplados dentro de los costos mencionados en la propuesta del concesionario; además, no se pactó ni se garantizó retorno alguno de la inversión.

2.14.- En el escrito de corrección de la demanda, el convocante señaló que el concesionario incluyó en su propuesta que algunas sumas provenientes de los recaudos serían destinadas a publicidad, seguros y contingencias, las cuales se ajustarían con el IPC durante la ejecución del contrato. El concesionario efectivamente ha recibido sumas por tales conceptos, pero no ha entregado a la fiduciaria los soportes de los respectivos gastos (fls. 335 a 336, C. Ppal 1).

3.- Integración del Tribunal.

Las partes convocante y convocada, según consta en el acta (sin fecha) que obra a folios 63 a 65 del cuaderno principal 1, designaron de común acuerdo a los árbitros encargados de dirimir la controversia.

La audiencia de instalación del Tribunal se cumplió el 7 de septiembre de 2006 y en ella se designó al Presidente y a la Secretaria y se fijó el lugar de su funcionamiento (fls. 93 a 98, C. Ppal 1).

En la misma fecha, mediante auto 2, se admitió la demanda, se corrió traslado a las convocadas, se ordenó la notificación del auto admisorio al Ministerio Público y se ordenó comunicar la iniciación del trámite arbitral a Fiduciaria Agraria S.A. (fls. 106 y 107, C. Ppal. 1).

4.- La contestación de la demanda arbitral.

DISELECSA LTDA e I.S.M. S.A., integrantes de la unión temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., parte convocada del proceso arbitral, en escritos separados, pero de igual contenido, se opusieron a todas las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptaron unos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negaron algunos y desconocieron tal carácter a varios enunciados.

Para oponerse a las pretensiones de la demanda, sostuvieron que los hechos que las cimientan no guardan correspondencia con la realidad precontractual y contractual del contrato de concesión celebrado, puesto que se desconocen las condiciones del pliego y el efecto vinculante de aquél, a la vez que no se analiza el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos y más bien se le da el enfoque de un contrato de obra.

Afirmaron que el contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes y que, en virtud de los principios de relatividad e intangibilidad de los contratos, las partes no pueden desconocer lo pactado y tampoco es viable que soliciten su revisión, pues no existe situación imprevista que así lo amerite.

Señalaron que la remuneración del concesionario, tanto para el suministro y montaje, como para la operación y mantenimiento, se pactó en forma global y por cuenta y riesgo del concesionario, de modo que los costos individuales son un rubro indicativo en la propuesta presentada, pero no significa que deban cancelarse en forma

individual, como lo pretende la entidad territorial demandante, *"tal como se refleja en el flujo de caja concertado por ellos como elemento integrante del negocio jurídico"*.

Añadieron que el ajuste del ítem de operación y mantenimiento fue convenido teniendo en cuenta una tasa anual del 18% (1.5% mensual), para el componente de suministro y montaje de nuevas luminarias.

Precisaron que la suma de \$288'880.149 (en realidad \$289'880.149), cuya devolución solicita la convocante, corresponde a un ajuste contable autorizado por el comité fiduciario sobre los valores de inversión ya efectuados y que las demás sumas cuestionadas, recibidas por el concesionario, se encuentran previstas en el contrato, tal como lo refleja el flujo de caja incorporado al mismo.

La suma total invertida por el concesionario, por valor de \$4.786'835.934, contiene el ajuste contable de \$289'8840.149 que fuera ordenado por el comité fiduciario.

En relación con los hechos, manifestaron que en la cláusula trigésima segunda del contrato de concesión quedó pactado que el concesionario financiaría las actividades derivadas del contrato con recursos propios y de crédito, en la forma establecida en el flujo financiero.

Con base en la exigencia prevista en el formulario 8 del pliego de condiciones, Diselecsa estimó los costos de los servicios de operación y mantenimiento y diseñó el flujo de caja para los 20 años del contrato de concesión.

Precisaron que el esquema financiero previó que el ítem de operación y mantenimiento tendría un ajuste del 18% anual, como un valor fijo de indexación por todo el plazo del contrato, el cual fue el resultado de la ponderación de los IPC de 1995 y 1996, de las variaciones de los IPP, de la devaluación y de los precios de los combustibles. Afirmaron que si la intención de la concesionaria hubiera sido indexar los precios año por año así lo habrían dejado consignado de forma clara en su propuesta; pero, no fue así y el municipio no manifestó reparo alguno a la oferta así concebida.

Afirmaron que la única finalidad que persiguieron los contratantes al establecer un valor fijo en el contrato era determinar un valor estimado para efectos fiscales y para facilitar la posterior adquisición de las pólizas de seguros requeridas.

Aseveraron, por otra parte, que en el contrato quedó establecido que el ente territorial cedía la totalidad de los derechos que tenía sobre el valor mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, previa deducción de los gastos de consumo de energía, de los costos de facturación y de recaudo y del 3% de lo recaudado, porcentaje éste destinado a pagar la interventoría, de modo que, en opinión de las convocadas, no es cierto lo que afirma la convocante, en el sentido de que el municipio solo estuviera obligado a retribuir los costos de suministro e instalación de luminarias y la operación y mantenimiento del sistema de alumbrado público.

Por otra parte, calificaron de inexactas las cifras que entregó la convocante, en cuanto a los pagos hechos a terceros por concepto de repotenciación de luminarias.

Como razones de la defensa, luego de precisar las generalidades del tipo de contrato celebrado y de su forma de remuneración, precisaron que en los pliegos de condiciones no se fijaron los parámetros macroeconómicos que debían ser tomados como base para las proyecciones del flujo de caja propuesto y que la razón por la cual confeccionaron la propuesta con una indexación fija anual del 18%, respecto de los ítems relacionados con la operación y mantenimiento, obedeció a la valoración del nivel de riesgo en relación con el plazo de retorno de la inversión (20 años), los costos financieros, las tasas de interés de oportunidad (a mayor riesgo, mayor rentabilidad requerida) y la jurisprudencia para entonces vigente, que predicaba la inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión en este tipo de contratos.

Por otra parte, adujeron que en la oferta quedó consignado que el valor de las obras objeto de inversión en repotenciación tenía una indexación mensual fija del 1.5% y que la inversión en el alumbrado navideño tenía una indexación anual del 2%.

Dentro del flujo financiero propuesto, el concesionario proyectó la reinversión total de los flujos de caja libres, que mensualmente arrojaba el ejercicio para el cálculo de tasa interna de retorno del proyecto, pues **“... el cálculo de este indicador financiero supone la reinversión total de los flujos periódicos que arroja un proyecto (sic) desde el momento en que se hace la inversión inicial y hasta que éste termina ...”** (fl. 140, C. Ppal. 1).

En la práctica, el concesionario tenía la obligación de retirar los flujos de caja libres mensuales, para, con ellos, cancelar los créditos bancarios de los que se sirvió para financiar las inversiones de repotenciación de 13.428 luminarias y, una vez canceladas

las obligaciones con los terceros, los flujos de caja libres quedan a disposición de los inversionistas de capital.

En suma, el flujo de caja proyectado que hacía parte integral de la oferta quedó concebido de tal manera que el concesionario financiaría la totalidad de la inversión y que el servicio de operación y mantenimiento del sistema de alumbrado público del municipio se prestaría con una eficiencia no inferior al 85%, condiciones que fueron cumplidas por el concesionario.

Como medios exceptivos propuso los que denominó: "AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA POR PARTE DEL MUNICIPIO DE NEIVA QUIEN NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA DEMANDAR LO QUE PIDE EN LA CONVOCATORIA ARBITRAL", "AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS SOCIEDADES CONVOCADAS COMO MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL QUIENES NO PUEDEN RESPONDER POR LO QUE SE PRETENDE EN LA DEMANDA CONTENIDA EN LA CONVOCATORIA ARBITRAL", "AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR POR PARTE DEL MUNICIPIO DE NEIVA", "INEXISTENCIA ABSOLUTA DE IMPREVISIÓN CONTRACTUAL QUE JUSTIFIQUE LA REVISIÓN DEL CONTRATO", "AUSENCIA TOTAL DE PRESUPUESTOS PARA DEDUCIR EL INSINUADO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL", "AUSENCIA TOTAL DE PRESUPUESTOS PARA INVOCAR DESEQUILIBRIO FINANCIERO O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE ENTRE LOS CONTRATANTES", "VALIDEZ E INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO (PACTA SUNT SERVANDA)", "CULPA GRAVE DEL MUNICIPIO DE NEIVA AL CONTRAVENIR SUS PROPIOS ACTOS"; "IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA ACEPTADA POR EL MUNICIPIO DE NEIVA", "BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN", "CUMPLIMIENTO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES A CARGO DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL", "EL MUNICIPIO DE NEIVA ESTÁ INVOCANDO SU PROPIA CULPA PARA DEMANDAR INCUMPLIMIENTOS QUE NO EXISTEN", "FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS CONTRACTUALES ENTRE LA FIDUCIARIA Y LOS BENEFICIARIOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA", "ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR POR PARTE DEL MUNICIPIO DE NEIVA", "PETICIÓN DE MODO INDEBIDO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REVISAR EL CONTRATO", "LA CONVOCATORIA ARBITRAL ESTÁ DIRIGIDA A OBTENER EN CONCIENCIA Y NO EN DERECHO LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN" (fls. 147 a 153 y 166 a 196, C. Ppal. 1).

Notificada la corrección de la demanda, las empresas integrantes de la convocada ratificaron su oposición respecto de las pretensiones y de los hechos planteados (fls. 350 a 353, C. Ppal 1).

5.- Demanda de reconvención.

DISELECSA LTDA e I.S.M. S.A., mediante sendos escritos de idéntico contenido, formularon demanda de reconvención contra el municipio de Neiva, con el fin de que se declarara que este último incumplió las obligaciones contenidas en la cláusula trigésima segunda del contrato de concesión celebrado entre las partes y el anexo 3, que es parte integrante del mismo, “... *al no haber ingresado al fideicomiso, en la cuantía, modo y tiempo debidos, la totalidad de los dineros que (...) han debido recaudarse por parte del Municipio (sic) de Neiva (sic) por concepto del servicio de alumbrado público ...*” (fl. 158, C. Ppal. 1) y, en consecuencia, se declarara también que el municipio de Neiva está obligado a cumplir la totalidad de los aportes a su cargo, que equivalen a los recaudos por la prestación del servicio de alumbrado público, los cuales “... *no se verificaron ni en la cuantía, ni en la modalidad y oportunidades ...*” (ibídem) previstas en el anexo 3 (financiero).

Asimismo, solicitaron que se declarara que el municipio de Neiva está obligado a cumplir cabalmente las prestaciones económicas indicadas en la demanda de reconvención y la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento, los cuales estimaron en suma no inferior a \$12.352'232.210 al 31 de agosto de 2006, a título de lucro cesante, y a \$2.300'000.000, a título de daño emergente.

Adicionalmente, solicitaron que, sobre las sumas a las que la demandada en reconvención resultara condenada a pagar, se liquidaran intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley, desde el momento en que resultara comprobada la consumación del daño y hasta la verificación del pago y, en caso de que se considerara que el índice aplicable para la actualización y la liquidación de las condenas no fuera el solicitado, se liquidaran con base en el interés bancario corriente, el IPC o cualquier otro que resultara adecuado.

También solicitaron que se declarara que el municipio de Neiva está obligado a cumplir el flujo financiero pactado hasta la terminación del contrato y, en consecuencia, a transferir mensualmente al fideicomiso las sumas determinadas en el citado flujo, sin dilaciones, descuentos o deducciones distintos de los convenidos en dicho contrato.

Solicitaron que se condenara en costas y agencias en derecho al demandado en reconvención (fls. 158 y 159, C. Ppa. 1).

Los supuestos fácticos de la demanda de reconvención son, en relación con el proceso de formación del contrato de concesión, similares a los expuestos en la

demanda principal, pero añadieron que en el flujo financiero confeccionado por la unión temporal Diselecsa Ltda. – ISM S.A., el cual no fue objeto de glosas por parte del municipio de Neiva, quedó previsto que los aportes del concesionario cubrían, mediante su exclusiva financiación, la totalidad de las inversiones en repotenciación y, como contraprestación, a favor del concesionario, el municipio se obligó a pagar, mensualmente, el valor de las actividades que el concesionario ejecutara en desarrollo del contrato, valor éste que se hallaba consignado en el flujo financiero.

Tal como lo certificó Fiduagraria S.A., administradora de los recursos del contrato, para el 31 de agosto de 2006 el municipio ha debido pagar \$39.669'922.587,50 al concesionario, por concepto de la operación y mantenimiento del sistema y para honrar el compromiso de retribución de la inversión en repotenciación, pero de esa suma solo ha pagado \$27.319'689.997,32, por lo cual existe un déficit en los recaudos de \$12.350'232.610, suma que debió entrar a las arcas de la fiduciaria.

Agregaron que la posición asumida por la convocante, en el sentido de que en el contrato no se pactó la tasa interna de retorno (TIR) para los recursos que el concesionario invirtiera en el proyecto, desconoce la realidad contractual y el flujo financiero que hizo parte de la propuesta, circunstancia que desnaturaliza el contrato de concesión, pues, sin TIR en el componente de inversión o calculada ésta a la conveniencia del concedente, el contrato de concesión se tornaría en otro diferente que no fue el que las partes celebraron (fls. 156 a 165 y 197 a 206, C. Ppal. 1).

6.- Contestación de la demanda de reconvención.

El municipio de Neiva contestó la demanda de reconvención y, en su escrito, aceptó como ciertos algunos de los hechos, negó otros y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

En relación con los hechos, manifestó que en el flujo financiero proyectado, el concesionario se obligó a aportar como capital de riesgo (Equity) \$1.128'200.000 y a aportar \$5.641'000.000 provenientes de créditos. Dicho flujo se basó en unas variables macroeconómicas, entre otras, el I.P.P., el I.P.C. y la DTF (TA) + 4 puntos.

En la rendición de cuentas, con corte a 31 de agosto de 2006, la entidad fiduciaria reportó un aporte de capital de riesgo por \$1.026'000.000 y recursos de crédito por \$3.559'581.934. El capital del crédito y sus intereses fueron pagados con recursos del patrimonio autónomo, provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público.

Según lo dispuesto en el contrato, la suma a la cual tiene derecho el concesionario, por concepto de repotenciación, es la que resulte de multiplicar los precios previstos en la propuesta por el número de luminarias efectivamente suministradas con el ajuste del I.P.C.

Conforme a las cláusulas tercera y trigésima segunda del contrato, el municipio se obligó a pagar al concesionario los precios mensuales del suministro y montaje (repotenciación) y los costos mensuales de operación y mantenimiento incrementados con el I.P.C. y a destinar los excedentes de flujo de caja a la expansión del sistema del alumbrado público.

Si fuera cierto que los excedentes en caja de la fiducia constituyeran parte de la remuneración del concesionario carecería de sentido que en la propuesta y en el contrato se hubieran establecido los precios y costos de las actividades que desarrollaría el concesionario, pues todos los ingresos, efectuadas las deducciones por costos de energía, interventoría y comisión fiduciaria, pertenecerían al concesionario y éste sería el precio del contrato –sostuvo el municipio–.

Por otro lado, señaló que no es cierto que el flujo financiero proyectado de la propuesta determinara el valor a pagar por concepto de las actividades desarrolladas por el concesionario, puesto que dicho flujo contiene simplemente unas proyecciones sobre el comportamiento futuro del proyecto, en el evento de permanecer inmodificables las variables macroeconómicas establecidas como supuestos en la propuesta; de lo contrario, el valor total del contrato habría sido determinado y no determinable.

No es cierto que exista certificación en el sentido de que el fideicomiso ha debido pagar al concesionario por concepto de operación, mantenimiento y retribución de la inversión en repotenciación \$39.669'922.587,50, monto que aparece en la rendición de cuentas, no como un valor que debió pagarse al concesionario, sino en un cuadro comparativo del recaudo ejecutado frente al recaudo de la tasa de alumbrado público que el concesionario proyectó en el flujo financiero.

Las sumas que el concesionario debió recibir de parte del fideicomiso son los precios y costos ofrecidos en la propuesta, multiplicados por el número real de las luminarias suministradas e instaladas y de aquellas que han sido objeto de operación y mantenimiento, incrementados con el I.P.C. y las sumas correspondientes a las

expansiones y alumbrados navideños efectuados en la fecha. Los excedentes o saldos de caja de la fiducia deben ser utilizados para expansiones al sistema del alumbrado público y en ninguno de los documentos contractuales existe un rubro que se denomine “retribución de la inversión”.

Negó que el municipio haya incumplido sus obligaciones contractuales.

Propuso, a título de excepciones, las que denominó: “CUMPLIMIENTO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DEL MUNICIPIO DE NEIVA”, “ILEGITIMIDAD DE LO PRETENDIDO POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN”, “FALTA DE BUENA FE DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN”, “PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “ACTUACIÓN DEL MUNICIPIO DE NEIVA DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL CONTRATO Y LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DEL MISMO”, “INEXISTENCIA DE UN DAÑO DEL QUE PUEDA DERIVARSE UNA INDEMNIZACIÓN” y “ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN FINANCIERA Y ECONÓMICA DEL CONTRATO” (fls. 258 a 270, C. Ppal. 1).

7.- El laudo arbitral recurrido.

Surtido el trámite prearbitral y arbitral, se fijó la audiencia de lectura de fallo para el 14 de agosto de 2007, fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo, cuya parte resolutive quedó transcrita al inicio de esta providencia.

7.1.- Sobre la pretensión de remuneración por suministro y montaje de luminarias, operación y mantenimiento en la infraestructura del sistema de alumbrado público, el Tribunal de Arbitramento partió de algunas consideraciones referidas a la naturaleza y características del contrato de concesión a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado; asimismo, se refirió a la importancia que revisten los pliegos de condiciones y las estipulaciones contenidas en el contrato y a la claridad que deben tener uno y otra para evitar anfibologías.

A continuación, afirmó que precisaría la recíproca intención de las partes plasmada en los documentos contractuales y, en particular: i) si la retribución del concesionario, por concepto de operación y mantenimiento, suministro e instalación, repotenciación de luminarias y expansión del sistema, consistía en una suma global –fija o variable- con independencia de la actividad de los precios señalados, ii) si el municipio de Neiva debía pagar las sumas contenidas en el flujo financiero de la propuesta aceptada, iii) si el citado municipio garantizó la TIR del proyecto, el retorno de la inversión o si, por el

contrario, la remuneración o contraprestación del concesionario se refiere a los precios y costos mensuales del suministro e instalación de luminarias (reposición o repotenciación) y de la operación y mantenimiento, considerando las efectivamente repotenciadas, operadas y mantenidas y iv) si los precios ofertados contienen la utilidad y retribuyen los costos e inversiones.

Luego de transcribir algunos apartes de los pliegos de condiciones, de la propuesta presentada por el concesionario, del contrato de concesión y del contrato de fiducia, el Tribunal destacó que la oferta del concesionario estaba dividida en dos partes: i) la correspondiente al suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos necesarios para la repotenciación y la expansión del sistema y ii) la relativa al mantenimiento y a la operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público.

En relación con la primera, es decir, en cuanto al suministro e instalación, señaló que el concesionario presentó en el formulario 6 de la propuesta "*cantidades y precios de la oferta*" (fl. 508, C. Consejo) como presupuesto de la inversión inicial para la repotenciación, sobre una cantidad estimada de 18.113 luminarias por repotenciar, precisando valor unitario y valor total e, igualmente, indicó el subtotal por costos directos, AIU y un IVA del 16% sobre la utilidad, advirtiendo que dichos precios serían indexados al 1.5% mensual después del vencimiento de la validez de la oferta.

En cuanto a la segunda, es decir, a los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura, el Tribunal destacó que en la propuesta presentada por el concesionario se hizo la proyección sobre 20.283 luminarias, fijando su valor mensual y total en valor presente a diciembre de 1997 y, según los formularios 7 y 8, que hicieron parte de la propuesta, advirtió que "*aplicando la tasa promedio de crecimiento anual del 3%; (sic) un incremento promedio de precios unitarios anuales equivalentes al índice de precios al consumidor, estimados en el 18% y el tiempo de duración del contrato, se obtenía el valor total anterior*" (ibídem).

Advirtió que en la oferta se aceptaba la forma de pago del costo mensual del suministro, de la operación y del mantenimiento y precisó que el recaudo se había proyectado en virtud del pago del costo mensual del suministro y del mantenimiento, con el recaudo del impuesto del alumbrado público, con el compromiso de que el municipio mantuviera dicho impuesto y que, en caso de disminuirse o eliminarse, el ente municipal debía asumir las obligaciones de pago con otros recursos.

El Tribunal señaló que la propuesta contenía el flujo financiero del proyecto durante los 240 meses de la concesión y en el cual se consignaban las inversiones, el capital de riesgo, los créditos, el IPP, el IPC promedio y la TIR del proyecto.

En cuanto al objeto del contrato de concesión, el Tribunal señaló que comprendía la reposición y repotenciación del sistema con el suministro e instalación de las luminarias y accesorios eléctricos, durante los primeros 12 meses de ejecución del contrato, la operación y mantenimiento que comprende el funcionamiento, revisión y reparación periódica de todos los dispositivos y redes del alumbrado público durante 20 años y la expansión del alumbrado público, mediante el suministro y montaje de nuevas luminarias y accesorios eléctricos con los excedentes del flujo de caja.

Precisó el Tribunal que el valor del contrato se pactó indeterminado, pero determinable en su ejecución, *“resultante de multiplicar los precios indicados para cada ítem del componente de suministro y montajes y para cada ítem del componente operación y mantenimiento por el tiempo total del contrato ajustado con los factores contenidos en la propuesta seleccionada”*³.

Respecto de la retribución a favor del concesionario, el Tribunal advirtió que en el contrato se convino: i) que el municipio “retribuirá” (fl. 509, C. Consejo) al concesionario el **“costo mensual del suministro e instalación de las nuevas luminarias (reposición o repotenciación) y la operación y mantenimiento del contrato de concesión, con el recaudo de la tasa del servicio del alumbrado público, establecido por el Acuerdo Municipal No. 66 de 1997, el cual será facturado por la empresa de servicios públicos que designe el contratante, recaudado a través del sistema financiero local y administrado por la empresa fiduciaria designada por el concesionario y aceptada por el Municipio para el manejo de los fondos de esta concesión”** (fls. 509 y 510, C. Consejo) y ii) la cesión por el municipio, a favor del concesionario, de **“los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, deducidos los gastos del consumo de energía, costos de facturación y recaudo, durante el tiempo de vigencia del Contrato (sic) y desde la suscripción del acta de iniciación de la concesión”** (fl. 510, C. Consejo).

En el mismo sentido, en la cláusula trigésima segunda del contrato se estipuló que el municipio concedente **“está obligado a pagar el valor de las actividades ejecutadas por EL CONCESIONARIO en desarrollo de la concesión”** (ibídem), para lo cual utilizaría

³ Cláusula tercera del contrato de concesión.

los recursos provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público, de la que se deducirían el valor de la energía consumida por el servicio de alumbrado y los costos de facturación y de recaudo y los remanentes serían transferidos a la fiduciaria, para constituir el patrimonio autónomo junto con los aportes del concesionario y los recursos de crédito necesarios para financiar el proyecto (anexo 3 del contrato de concesión). El 3% de lo recibido por la fiduciaria por concepto de la tasa de alumbrado público se destinaría al pago de la interventoría.

Con base en las cláusulas anteriores y otras que también fueron reseñadas, el Tribunal concluyó:

a.- La remuneración del concesionario está referida directa y proporcionalmente a las actividades comprendidas dentro del objeto contratado y efectivamente ejecutadas durante el término de duración del contrato.

b.- En el componente de repotenciación, suministro y montaje de luminarias, la remuneración del concesionario es el valor de las luminarias suministradas e instaladas, es decir, tiene derecho única y exclusivamente al pago de la cantidad de luminarias real y efectivamente suministradas e instaladas al precio de su oferta para cada ítem, debidamente ajustado con los factores contenidos en la propuesta.

En el formulario 6 de la propuesta del concesionario del 22 de diciembre de 1997, aceptada por el municipio de Neiva, se indicaron las cantidades y precios de la oferta y el presupuesto inicial para la repotenciación sobre una cantidad estimada de 18.113 luminarias a repotenciar; además, se precisaron la cantidad, el valor unitario y el valor total, el subtotal de los costos directos, la administración (15%), imprevistos (2%), la utilidad (8%) y el IVA (16% sobre la utilidad).

Los pliegos de condiciones exigieron discriminar las cantidades y precios de la oferta con los componentes ALU, sobre un número proyectado de 18.113 luminarias a repotenciar, "*... advirtiendo que su cantidad estaría en proporción con las 'instaladas existentes' relacionadas en 20.278 (...) advirtiendo que deberán repotenciarse las técnicamente necesarias*" (fl. 512, C. Consejo).

En opinión del Tribunal, la información contenida en el pliego de condiciones respecto del número de luminarias a repotenciar era estimada, es decir, constituyó una proyección con miras a determinar el presupuesto de inversión y se remitió a la cantidad técnicamente necesaria, por lo cual podía ser igual, mayor o inferior a las

18.113 proyectadas. Desde esa perspectiva, las partes excluyeron los riesgos de un mayor o menor número de luminarias, acordando el pago del costo mensual del suministro e instalación de las nuevas luminarias (reposición o repotenciación), resultante de multiplicar los precios indicados para cada ítem del componente de suministro y montaje, por el tiempo total del contrato, ajustado con los factores contenidos en la propuesta seleccionada.

Por lo anterior, el Tribunal consideró que el municipio solo estaba obligado al valor correspondiente a la cantidad de luminarias efectivamente repotenciadas, suministradas e instaladas y, a su vez, el concesionario solo tenía derecho a percibir este valor como retribución, el cual contiene una utilidad razonable.

Por otra parte, señaló el Tribunal que los precios de la propuesta para cada ítem de suministro e instalación de luminarias se ajustan con los factores contemplados en ésta, es decir, con el 1.5% mensual después del vencimiento de validez de la oferta (formulario 6 de la propuesta).

En cuanto a la remuneración derivada de la operación y mantenimiento de la infraestructura del servicio de alumbrado público, señaló el Tribunal que la situación se torna un poco más compleja, pues, para poder entender lo que las partes quisieron pactar como remuneración por estos ítems era necesario consultar los formularios 7 y 8 de la propuesta, *"... en los cuales se presentaron respectivamente, los 'Costos de operación y mantenimiento' y los 'Costos del Servicio de Operación y mantenimiento', analizando el diseño y los componentes del flujo financiero proyectado que se acompañó con la propuesta, y enmarcando estos elementos dentro de la naturaleza del contrato de concesión y los riesgos asumidos por las partes"* (fl. 513, C. Consejo).

En sentir del Tribunal, el municipio y el concesionario negociaron algunos riesgos. El concesionario asumió la financiación, con capital de riesgo (equity) y créditos y, el municipio, por su parte, asumió el riesgo de extinción o disminución de la fuente de pago, esto es, de la tasa de alumbrado público.

En relación con los costos de operación y mantenimiento, el concesionario listó los costos sin discriminar *"... utilidad o beneficio alguno ..."* (fl. 513, C. Consejo).

Pese a lo anterior, el concesionario acompañó su oferta con el esquema financiero propuesto, el flujo financiero proyectado y un cuadro resumen en el cual se apreciaba la estructura del negocio, con la totalidad de las variables que tuvo en consideración,

incluida la TIR del proyecto, la cual fue aceptada por el municipio y es parte integrante del contrato, afirmó categóricamente el Tribunal.

Pero, para el Tribunal, "... el alcance de ese flujo financiero, (sic) no comporta la obligación del Municipio (sic) de pagar la totalidad de los conceptos ni las sumas de la proyección, estimativo o progresión y, (sic) menos la de garantizar este pago, ni asumir los riesgos de déficits con relación a los recaudos estimados, ni cualquier otro concepto diferente ..." (fl. 515, C. Consejo) del costo mensual del suministro e instalación de las nuevas luminarias y de la operación y mantenimiento, "... resultante de multiplicar los precios indicados para cada ítem del componente de suministro y montajes y para cada ítem del componente de operación y mantenimiento por el tiempo real del Contrato (sic) ajustado con los factores contenidos en la propuesta seleccionada ..." (ibídem) (cláusulas tercera y décima octava del contrato).

Añadió el laudo que "Tampoco la transferencia de remanentes del recaudo de la Tasa (sic) de Alumbrado Público (sic), fuente de pago acordada de la retribución del concesionario, determina que estos recursos constituyan su remuneración y, por tanto, sea titular de su dominio, por cuanto, son una fuente de pago y la fiducia y el patrimonio autónomo se constituye no sólo con estos recursos sino con aquellos a que se obligó a aportar para el manejo económico de la concesión, la atención de los 'egresos proyectados' realizando **'los Pagos (sic) controlando que no excedan el valor del flujo básico acumulado para cada ítem'**, dentro de éstos, el pago del concesionario del costo mensual de sus actividades ejecutadas y los excedentes destinados a la expansión del sistema" (fl. 515, C. Consejo).

Los aludidos recursos, puntualizó el Tribunal, pertenecen al municipio y están destinados por expresa disposición legal a la atención del costo del suministro, al mantenimiento, a la operación y a la expansión del sistema, por lo cual se trata de una típica fiducia de garantía, de administración y de pago.

Sostuvo el Tribunal, con fundamento en uno de los dictámenes periciales rendidos en el proceso y la declaración rendida por un testigo, que no es técnicamente acertado calcular la TIR de un proyecto sobre proyecciones o estimativos, sino sobre el flujo de caja libre; además, precisó que no es posible obtener certeza de la utilidad o TIR proyectada por el concesionario, puesto que el flujo financiero proyectado, presentado con la propuesta, es impreciso en este punto.

Afirmó que, en el caso concreto, las inversiones realizadas por el concesionario con destino a la repotenciación, suministro e instalación de luminarias, para lo cual aportó capital propio y recursos provenientes de créditos, fueron recuperadas con una utilidad propuesta del 8%. El costo de la operación y mantenimiento, presentado en los formularios 7 y 8, no indica el concepto de “utilidad” (fl. 518, C. Consejo); sin embargo, en el flujo financiero proyectado, presentado con la propuesta, “... proyecta en el tiempo los egresos para los componentes de suministro, instalación, operación, mantenimiento y expansión, en forma integral y contiene lo llamado por el proponente ‘TIR proyecto’ (...) que en el esquema financiero propuesto por el concesionario y aceptado por el Municipio, es una utilidad asociada al proyecto integral, esto es, comprensivo de la repotenciación, la operación y la expansión, pues lo contrario, (sic) comportaría un contrato en la fase de operación y mantenimiento sin una adecuada y proporcionada retribución o remuneración, desvirtuando por completo la naturaleza del contrato y su ejecución práctica” (fls. 518 y 519, C. Consejo).

Entendió el Tribunal que la noción de costo, en términos económicos, “... está referida a los gastos o egresos de una actividad y, por consiguiente, no contiene la utilidad ...” (fl. 519, C. Consejo); pero, lo entendido por las partes como “... ‘Costo’ de operación y mantenimiento está asociado también al cuadro del flujo financiero proyectado y (sic) por ende, al mal denominado TIR del proyecto, concebido en rigor como una utilidad para el componente de operación y mantenimiento” (ibídem).

Para fundamentar lo anterior, el Tribunal señaló (se transcribe tal como aparece en el laudo, a folio 519, C. Consejo):

“... tomando como base la totalidad de las variables que fueron presentadas por el Concesionario en su flujo financiero proyectado y llevándolas a una ecuación financiera y tomando en consideración los elementos de duración del contrato, riesgos de recaudo, factores de crecimiento históricos del servicio, remuneración empleada en otras concesiones del sector, entre otras, el Tribunal considera que lo denominado como ‘TIR’ en el flujo financiero proyectado obedece en **estricto sensu a la utilidad razonable por la operación y mantenimiento y, para tal efecto, estima razonable un porcentaje idéntico al contemplado para el suministro e instalación, esto es, un 8%.**

“Debe precisar el Tribunal que no existe prueba en el proceso que los costos de operación y mantenimiento de la propuesta del concesionario contengan implícitamente la utilidad. Por ello estima que al valor del ‘costo’ propuesto debe adicionarse a título de utilidad razonable el 8%, aplicando para tal efecto, idéntico parámetro al de suministro e instalación” (negrilla fuera del texto original).

Concluyó el Tribunal que, de conformidad con lo pactado en el contrato, el municipio solo estaba obligado a pagar los costos de operación y mantenimiento contenidos en la propuesta del concesionario, adicionando el 8% a título de utilidad y que el factor

de ajuste de los costos de operación y mantenimiento está asociado al incremento promedio, en precios unitarios anuales equivalentes al índice de precios al consumidor, estimados al momento de la propuesta en un 18% anual.

En suma, el Tribunal señaló que el concesionario tiene derecho a los costos de operación y mantenimiento contenidos en su "... propuesta indexados en el IPC y, (sic) lo denominado costo por las partes se adiciona con la utilidad del 8% ..." (fl. 521, C. Consejo).

En cuanto a la expansión del sistema, sostuvo el Tribunal que, de conformidad con el pliego de condiciones, la propuesta y el contrato, ésta solo es exigible cuando existan excedentes sobre el flujo de fondos, tal como lo dispone la cláusula décima del contrato de concesión. Agregó que la tasa del alumbrado público constituye un tributo con destinación específica, de propiedad del municipio, previsto para atender los costos de prestación del servicio de alumbrado público que, a su vez, comprende no solo el valor del servicio de energía eléctrica, sino también la remuneración o retribución del tercero que se contrate como operador y, por lo mismo, no es posible para el municipio crear el impuesto de alumbrado o tasarlo pretendiendo el excedente para sí, separado de la expansión del servicio, por cuanto ello resultaría inconstitucional.

Con base en lo anterior, accedió parcialmente a las pretensiones principales primera, segunda, cuarta y quinta.

7.2.- La pretensión de pago, incumplimiento del contrato, reintegro y destinación de sumas de dinero.

El Tribunal consideró que la conducta de ambas partes en la formación, celebración y ejecución del contrato se ajustó a los principios de la buena fe y la lealtad contractual, por cuanto durante la ejecución del contrato cada parte cumplió las obligaciones a su cargo: el municipio canceló a través del fideicomiso los costos de suministro, instalación, operación y mantenimiento y, a su vez, el concesionario instaló 13.425 luminarias, para lo cual aportó capital de riesgo y de crédito e hizo la operación y el mantenimiento con índices superiores al 85% acordado.

Precisó que la controversia suscitada en relación con la remuneración del concesionario se debe a diversas interpretaciones que las partes han dado al tema en particular, lo cual excluye la existencia de la violación del contrato por incumplimiento

contractual, pues solo a partir del laudo se desentrañaría la verdadera intención de las partes y el sentido del acuerdo dispositivo sobre las materias controvertidas.

En consecuencia, negó las pretensiones sexta y séptima principales.

Asimismo, señaló que, según la prueba pericial y la certificación expedida por la fiduciaria, la suma de \$289'880.149 corresponde a un ajuste contable, por lo cual no prosperaron las pretensiones tercera, octava, novena y décima principales, en las cuales se solicita la declaratoria de violación del contrato de concesión (fls. 524 a 536, C. Consejo).

7.3.- La pretensión de publicidad, seguros, contingencias, incumplimiento y reintegro.

El Tribunal señaló que, de conformidad con la propuesta presentada por el concesionario y aceptada por el municipio, el rubro publicidad, seguros y contingencias se expresa con indicación de las sumas correspondientes y, como el flujo financiero proyectado es un elemento integrante del contrato -aunque carece del alcance atribuido por el concesionario- es claro que en él se expresan diferentes conceptos dentro de los cuales se encuentran los mencionados ítems, por lo cual debe pagarse lo que haya gastado el concesionario por tales estos conceptos, con el límite máximo de destinación señalado en el flujo financiero, cuyo monto debe indexarse con el IPC.

Por lo anterior, accedió a la pretensión décima novena principal.

En relación con la pretensión vigésima principal, el Tribunal consideró que no estaba llamada a prosperar, por cuanto no fue acreditada la violación del contrato, en la medida en que la fiduciaria canceló al concesionario las sumas de dinero que se hallaban en las facturas y las solicitudes que éste le presentó, a lo cual se sumó que el concesionario estaba convencido de que la totalidad de las sumas contenidas en el flujo financiero proyectado, entre ellas, las correspondientes a los conceptos controvertidos, eran de su propiedad y que, por esta razón, no era necesario justificar ni comprobar su destinación.

Por lo tanto, el Tribunal señaló que el concesionario deberá acreditar ante la fiduciaria que las sumas recibidas fueron efectivamente ejecutadas en seguros, publicidad y contingencias (fls. 536 a 540, C. Consejo).

7.4.- En cuanto a las pretensiones subsidiarias.-

Sostuvo que, como las respectivas pretensiones principales prosperaron no había lugar a analizar las pretensiones subsidiarias.

7.5.- Sobre las pretensiones de condena, el Tribunal se pronunció así:

7.5.1.- Pretensión décima primera: con fundamento en el dictamen pericial, en el cual los expertos concluyeron que la inversión inicial para la repotenciación de 13.425 luminarias equivalía a \$4.046'172.710, precisó que dicha suma correspondía a la inversión realizada con base en los parámetros indicados en la propuesta, sin indexación alguna y, que, por ende, para obtener el valor que en derecho le correspondía recibir al concesionario, era necesario aplicar el índice del 1.5% mensual a los porcentajes definidos en la propuesta, para los dos primeros meses (enero y febrero de 1998).

Según el precitado dictamen, la suma realmente pagada al concesionario por las 13.425 luminarias fue de \$4.456'955.785, por cuanto el rubro de \$289'880.149 correspondió a un ajuste contable; asimismo, dijo que el valor pagado comprendía el 1.5% mensual de indexación sobre los valores propuestos en la oferta, es decir, el 18% anual.

A continuación, sostuvo que al efectuar la comparación entre el valor que debía pagarse y el realmente cancelado por las 13.425 luminarias se obtenía un saldo negativo de \$146'587.788,87, razón por la cual el concesionario no había recibido un mayor valor por el suministro e instalación de esas luminarias, por lo cual no podía prosperar la pretensión (fls. 541 a 548, C. Consejo)

7.5.2.- La pretensión décima segunda fue negada, porque, según el dictamen pericial financiero y contable, la suma reclamada correspondía a un ajuste contable y no a un pago por suministro y montaje.

7.5.3.- Las pretensiones décima tercera y décima cuarta fueron estimadas, porque entre el valor pagado por la fiduciaria, con base en los precios de la oferta, indexados con el 18% anual, comparado con el valor que debía cancelarse por las luminarias operadas y mantenidas, ajustado con la variación del IPC mensual, existía una diferencia y, asimismo, entre la suma resultante con la que debía pagarse, adicionada

con la utilidad del 8%, la cual debidamente ajustada en pesos constantes a julio de 2007 era de \$4.682'979.352.

7.5.4.- La pretensión décima quinta de condena fue considerada, ante la prosperidad de la pretensión quinta principal y debido a que la utilidad del concesionario fue pactada en un 8%; en consecuencia, éste no tenía derecho a recibir las sumas que facturó y recibió por concepto de retorno de la inversión, la cual debía ser destinada al suministro e instalación de nuevas luminarias y repotenciación.

El valor total pagado en pesos históricos asciende a \$5.960'655.096 y el valor en pesos a julio de 2007 ascendía a \$6.545'073.556,18, suma cuyo reembolso se ordenó.

7.5.5.- La pretensión vigésima primera fue negada, en virtud de la prosperidad de la pretensión décima novena principal.

Negó la condena al pago de intereses, pero accedió a la actualización de las condenas, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

A continuación analizó las excepciones propuestas por las demandadas y de todas ellas solo prosperaron las de *"Buena fe contractual por parte de los miembros de la Unión Temporal en la ejecución del contrato de Concesión"* y *"Cumplimiento total de las obligaciones contractuales a cargo de los miembros de la Unión Temporal"* (fls. 570 a 586, C. Consejo).

El Tribunal desestimó las pretensiones de la demanda de reconvención, por cuanto, en su opinión, los demandantes en reconvención tenían una lectura distorsionada del flujo financiero y de manera alguna el municipio estaba obligado a garantizarle al concesionario los ingresos indicados en dicho flujo.

Desestimó algunas de las excepciones formuladas por la parte reconvenida y se abstuvo de analizar otras, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal (fls. 396 a 619, C. Consejo).

El Tribunal, a solicitud de la parte convocante, aclaró y corrigió la parte resolutive del laudo al presentarse un error aritmético en la suma contenida en el ordinal noveno; además, negó las solicitudes de aclaración y de complementación del laudo, formuladas por las sociedades convocadas (fls. 646 a 676, C. Consejo).

8.- El trámite del recurso y la sentencia de anulación que dejó sin efectos la Corte Constitucional.

Mediante escrito presentado el 30 de agosto de 2007, según certificación expedida por el Presidente del Tribunal de Arbitramento⁴, las sociedades integrantes de la unión temporal Diselecsa Ltda. I.S.M. S.A., por conducto de apoderado, interpusieron recurso de anulación, bajo la aducción de las causales consagradas en los numerales 2, 4, y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, compilado por el artículo 230 del decreto 1818 de 1998 (fl. 678, C. Consejo).

Por auto del 7 de febrero de 2008, esta Corporación avocó el conocimiento del asunto, corrió traslado a las partes, por el término individual y sucesivo de 5 días para que las recurrentes sustentaran la impugnación, el municipio de Neiva alegara de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fls. 687 a 689 vto., C. Consejo).

El impugnante sustentó el recurso, mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección Tercera el 25 de febrero de 2008.

Los argumentos expuestos para fundamentar cada una de las causales, los alegatos de la parte no recurrente y el concepto del Ministerio Público serán expuestos más adelante (fls. 690 a 742, C. Consejo).

Agotado el término de los traslados, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante fallo del 13 de mayo de 2009, **ANULÓ** el laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario del 23 de agosto del mismo año, ante la prosperidad de la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 72 de la ley 80 de 1993 (artículo 6 del decreto 2279 de 1989), esto es, haberse fallado en conciencia, debiendo ser en derecho (fls. 828 a 882, C. Consejo) y advirtió la Sala que, como consecuencia de la anulación, la controversia no había quedado resuelta, razón por la cual las partes podían acudir nuevamente a los estrados para dirimir la controversia.

Pese a lo anterior, el fallo al que se ha hecho alusión fue cuestionado por vía de tutela y, después de casi 6 años, la Corte Constitucional dejó sin efectos la decisión de esta Corporación y devolvió el expediente para que se volviera a decidir el recurso, esto es, (se transcribe como aparece a folio 1023, C. Consejo):

⁴ Folio 685, C. Consejo.

“... con el fin de que mediante fallo **RESUELVA** el recurso de anulación contra (sic) Laudo de (sic) 14 de agosto de 2007 y su auto complementario, en punto a (sic) asegurar el acceso a la Administración (sic) de Justicia de la Unión Temporal **DISELECSA LTDA – INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A** (sic) de acuerdo con los siguientes parámetros, sin perjuicio de lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia:

“a) Proferir decisión sobre los pedimentos de nulidad por los cargos formulados contra el laudo arbitral y su auto complementario, relacionado con las causales de anulación contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, los cuales quedaron insolutos en la sentencia de (sic) 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

“b) Pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por los cargos contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios del uso de la competencia del Juez contencioso en la materia, acorde con los lineamientos señalados en esta sentencia”.

CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso.

La Sala advierte que el proceso arbitral que culminó con el laudo objeto del recurso extraordinario se tramitó y se decidió en vigencia del decreto ley 1818 de 1998 (contentivo del estatuto de mecanismos alternativos de solución de conflictos) y el recurso extraordinario que ahora se decide fue interpuesto cuando se hallaban vigentes las causales de anulación previstas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993 (antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la ley 1150 de 2007)⁵, las cuales se hallaban compiladas en el artículo 230 del citado decreto 1818, de modo que, a pesar de que aquellas normas ya no están vigentes en el ordenamiento jurídico, son aplicables al presente asunto, pues eran las que regían para la época en que fue tramitado y decidido el arbitramento e interpuesto el recurso de anulación que ahora se decide.

Para aquella época, el recurso de anulación debía ser interpuesto ante el Tribunal de Arbitramento, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrigiera, aclarara o complementara, según lo dispuesto por el artículo 72 de la ley 80 de 1993 y, en este caso, el auto que decidió la adición, aclaración y corrección del laudo arbitral fue proferido y notificado en estrados a las partes el 23 de agosto de 2007 (fls. 646 a 676, C. Consejo).

⁵ Es de anotar que la ley 1150 de 2007 fue promulgada el 16 de julio de 2007 (diario oficial 46.691), pero su vigencia inició seis (6) meses después de su promulgación, a excepción del artículo 6, el cual entró a regir dieciocho (18) meses después y los artículos 9 y 17 que comenzaron a regir inmediatamente.

El recurso extraordinario de anulación fue presentado en la Secretaría del Tribunal de Arbitramento el 30 de agosto de 2007⁶, estos es, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del auto de aclaración, complementación y corrección, lo cual significa que fue interpuesto oportunamente.

2.- Causales de anulación del laudo arbitral en controversias originadas en contratos estatales y las causales aplicables al caso que se analiza.

Para la época en la cual se tramitó el proceso arbitral y se interpuso el recurso extraordinario de anulación que acá se decide, existían dos sistemas de causales de anulación de laudos proferidos en arbitramentos que dirimían controversias relacionadas con contratos estatales: el primero, respecto de los contratos estatales regidos por el estatuto general de contratación pública y, el segundo, para los contratos estatales excluidos de la aplicación del citado estatuto.

En relación con los primeros, las causales de anulación aplicables eran las contempladas en el derogado artículo 72 de la ley 80 de 1993⁷ (compiladas en el artículo 230 del decreto 1818 de 1998) y, en relación con los segundos, eran aplicables, además de las contempladas en el mencionado artículo 72, las previstas en los numerales 1, 2, 3 y 5 del artículo 38 del decreto 2279 de 1989 (compiladas por el artículo 163 del decreto 1818 de 1998⁸), lo que significa que los contratos estatales regidos por el derecho privado podían ser cuestionados bajo la aducción de un mayor número de causales de anulación (9 en total) que los contratos estatales regidos por el estatuto general de contratación pública, respecto de los cuales solo eran predicables 5 causales⁹.

⁶ Así lo certificó el Presidente del Tribunal de Arbitramento (folio 685, C. Consejo).

⁷ Modificado por el artículo 22 de la ley 1150 de 2007 y posteriormente derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012.

⁸ **Art. 163.** Son causales de anulación del laudo las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

“2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

“3. Numeral declarado NULO (El Consejo de Estado mediante, sentencia del 8 de abril de 1999, Expediente 5191 declaró nulo el numeral 3 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la ley 446 de 1998.

...

“5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”.

⁹ A este respecto, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 29.476.

Valga precisar que a partir de la expedición de la ley 1150 de 2007 quedó superado el tema de la dualidad de causales de anulación en laudos relacionados con contratos estatales, pues el artículo 22¹⁰ de la citada ley dispuso que las casuales de anulación del laudo son las que se encuentran previstas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989¹¹, es decir, las mismas contempladas en el artículo 163 del decreto-ley 1818 de 1998, de modo que, a partir de su entrada en vigencia, no era determinante establecer si el régimen jurídico sustancial del contrato era el del estatuto general de contratación pública o el del derecho privado, porque en uno y otro evento eran las mismas.

No obstante, en este caso no resultan aplicables las disposiciones de la ley 1150 de 2007 porque, para la fecha de interposición del recurso extraordinario, aún no había entrado a regir, como quedó visto, de modo que el laudo cuestionado solo era susceptible de ser atacado por las causales de anulación contempladas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993 (sin la modificación introducida por la ley 1150 de 2007), en la medida en que el contrato que dio origen a la controversia arbitral era de naturaleza estatal, atendiendo el criterio subjetivo que informa el artículo 32 de la ley 80 de 1993¹², pues una de las partes (el municipio de Neiva¹³) es una entidad estatal de aquellas definidas por el ordinal 1º, literal a), del artículo 2 ibídem, que se rige en materia contractual por las normas del estatuto general de contratación pública.

3.- Competencia de la Sala para conocer del recurso.

Por tratarse, entonces, de un recurso de anulación contra un laudo arbitral que dirime la controversia surgida en torno a un contrato estatal, la Sala es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (subrogado por el artículo 36 de la ley 446 de 1998), en armonía con lo dispuesto por los artículos 162 y 230 del decreto 1818 de 1998.

¹⁰ “ARTÍCULO 22. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

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

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

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.

¹¹ Las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989 fueron compiladas por el artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

¹² El artículo 32 de la ley 80 de 1993 prescribe: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere el presente estatuto... así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación ...

“4º Contrato de concesión.

¹³ El artículo 1º de la ley 136 de 1994 define el municipio como “la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado, con autonomía política, fiscal y administrativa, dentro de los límites que le señalen la Constitución y la ley y cuya finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y su respectivo territorio.”

4.- El análisis de las causales.

4.1.- “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (ordinal 2º del artículo 72 de la ley 80 de 1993).

4.1.1.- Cargo único.

Para estructurar la acusación, las recurrentes advirtieron que, a la luz de los artículos 70 de la ley 80 de 1993 y 228 del decreto 1818 de 1998, el arbitraje respecto de los contratos estatales debe ser en derecho y no en equidad o en conciencia, lo cual significa que el laudo se debe proferir con fundamento en el derecho positivo vigente.

Aseguraron que el laudo fue dictado en equidad, tal como quedó en evidencia en el ordinal noveno de la parte resolutive del laudo cuestionado, mediante el cual se condenó a las convocadas a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión la suma de \$5.545'073.556,18, que fue recibida por la concesionaria “... a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente ...” (fl. 695, C. Consejo), condena que, en sentir de los recurrentes, no tiene fundamento en el ordenamiento jurídico.

Como sustento de sus aseveraciones, señalaron que, para tomar esta decisión, el Tribunal se había basado en unas pocas pruebas recaudadas en el proceso, a partir de las cuales, con total desapego del contrato y de la ley y so pretexto de la interpretación de la voluntad de las partes, llegó a conclusiones que provienen del sentido de la equidad de los árbitros.

Sostuvieron que el Tribunal se refirió a la repartición de los riesgos entre las partes del contrato e indicó que a la concesionaria correspondía la financiación total del proyecto con capital de riesgo y que, a su turno, el municipio asumió los de disminución o extinción de la fuente de pago, para luego deducir, por fuera de todo marco legal y contractual, que en los formularios 7 y 8 de la propuesta no se había previsto utilidad o beneficio alguno para el concesionario, por concepto de operación y mantenimiento del sistema.

No obstante, dijeron, el Tribunal señaló que en el flujo financiero de la oferta sí se habían contemplado las variables de remuneración que el municipio aceptó, entre ellas la denominada TIR del proyecto, pero, aún contra la evidencia, concluyó que el

municipio no tenía la obligación de pagar los conceptos y las sumas derivadas de la proyección contenida en el citado flujo financiero.

Agregaron que el Tribunal, sin tener que resolver controversia alguna relativa a la interpretación del contrato en la precisa materia de la tasa interna de retorno –TIR- o utilidad proyectada, procedió a hacerlo, convirtiendo el laudo en un fallo en conciencia, basado en el sentir de los árbitros y no en el marco de la ley contractual y positiva que gobierna el contrato de concesión.

Enseguida y tras citar apartes del dictamen pericial económico y uno de los testimonios recibidos en el proceso, el Tribunal –afirmaron- llegó a la conclusión de que no existía certeza sobre la TIR contenida en el flujo financiero de la oferta presentada por el concesionario.

En esta labor interpretativa encaminada, según el Tribunal, a desentrañar la recíproca intención de las partes, éste –dijeron- interpretó que la TIR en el flujo financiero proyectado obedecía, en estricto sentido, a la utilidad razonable por operación y mantenimiento y estimó como razonable un porcentaje del 8%, idéntico al contemplado para el suministro e instalación.

En opinión de las recurrentes, el Tribunal “... resulta confeso en el basamento del laudo y de la condena que se analiza, al entrar a calificar la utilidad del Concesionario (sic) – contra el texto de las pruebas y por fuera del marco legal y contractual – por medio de especulaciones sobre lo que en su sentir es razonable, despreciando la finalidad y estructura del contrato de concesión, es decir (sic) despreciando el derecho positivo aplicable, (sic) e imponiendo su sentido de equidad sobre el texto del contrato ...” (fl. 697, C. Consejo).

Consideraron los recurrentes que el Tribunal desconoció los claros mandatos de la ley 80 de 1993, sobre el legítimo derecho del contratista a percibir una utilidad e, igualmente, olvidó la prohibición de dictar fallos en conciencia. También ignoró el artículo 1602 del C.C., según el cual todo contrato es ley para las partes, y el artículo 4º del C. de Co, a cuyo tenor las estipulaciones contractuales prevalecen frente a las normas supletivas y a las costumbres mercantiles.

Igualmente, cuestionaron que, no obstante que el Tribunal sostuvo “... que por ningún motivo se podía desconocer que el flujo financiero proyectado, ofrecido por el concesionario y aceptado por el municipio no tenía incidencia contractual, que (sic) sí

la tenía y el tribunal la reconocía, tan solo que en su sentir la aplicación del mismo, bajo la interpretación del Concesionario (sic) que el tribunal encontró ajustada a la buena fe y reveladora del cumplimiento del Contrato (sic) por parte del Concesionario (sic) (...), no era la que mejor convenía, lo cual, (sic) en la extraña concepción del tribunal ameritaba su interpretación -que no le fue solicitada- en punto tan sensible como determinar, contra el texto del Contrato (sic) y sus anexos, la utilidad a que tendría derecho el Concesionario (sic) por las labores de operación y mantenimiento del sistema de alumbrado público del Municipio (sic) de Neiva" (fl. 698, C. Consejo).

Sostuvieron, por otra parte, que el Tribunal, al desconocer el derecho a la rentabilidad que tiene el concesionario por los dineros invertidos en la concesión, elemento esencial del contrato, lo desnaturalizó y, por tal razón, solicitaron la nulidad de la totalidad del laudo arbitral, pues no de otra manera podía entenderse que el aporte del capital de riesgo que le compete a todo concesionario como elemento esencial de ese acuerdo de voluntades esté llamado a producir una rentabilidad que sea "razonable" para el juez del contrato y no una que consulte la realidad del riesgo asumido que, en el presente caso, estaba explícitamente cuantificada en los documentos integrantes de la oferta del concesionario, aceptada por el municipio, en la cual se establece que la TIR del proyecto se estima en un 38%.

4.1.2.- La oposición del municipio de Neiva.

Advirtió que el cargo debe ser rechazado, pues los recurrentes no tuvieron en cuenta que el ordinal noveno de la parte resolutive del laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 fue sustituido mediante auto del 23 de los mismos mes y año, de modo que la condena que, según los recurrentes, ascendió a \$5.437'253.791.58, realmente quedó fijada en \$6.545'073.556.18 después de la providencia de corrección.

Señaló, por otra parte, que el argumento de los recurrentes consiste en que el Tribunal de Arbitramento resolvió asuntos que no estaban sometidos a su consideración, haciendo alusión a que interpretó, sin que las partes lo solicitaran, los documentos contractuales, se subsume en una causal de anulación distinta de la acá invocada, específicamente en la que señala que el laudo recayó sobre puntos no sometidos a la decisión de los árbitros.

Sin perjuicio de todo lo anterior, calificó de desacertada la posición del recurrente, por cuanto no se explica cómo, en una controversia contractual, el juez no pueda interpretar el contrato y los documentos contractuales, máxime cuando de lo que se

trataba era de determinar los derechos económicos de una de las partes del contrato de concesión.

Aseguró que la estructuración del cargo carece de toda técnica, pues los recurrentes buscan reabrir el debate sustancial para “... *entrar a analizar la forma como el Tribunal interpretó y valoró los documentos contractuales y otras pruebas practicadas en el proceso ...*” (fl. 749, C. Consejo).

Luego de citar copiosa jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, relacionada con la causal de anulación invocada, el municipio de Neiva sostuvo que no se cumplen los presupuestos para afirmar que el laudo ha sido proferido en conciencia, pues: (i) se hace referencia al régimen aplicable, (ii) se refiere al ordenamiento jurídico vigente y (iii) las pruebas que ofrecieron convicción a los árbitros tienen valor normativo.

Añadió que el Tribunal de Arbitramento adoptó su decisión con base en la valoración de la prueba recaudada y con fundamento en la normatividad vigente en la materia, interpretada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, lo cual descarta la posibilidad de que el laudo haya sido proferido en conciencia.

Sostuvo que en el proceso quedó demostrado que el concesionario, con fundamento en una interpretación particular del contrato, se hizo girar unas sumas de dinero, a título de retorno de la inversión o de utilidades excedentes, que no se hallaban previstas contractualmente (fls. 747 A 759, C. Consejo).

4.1.3.- El concepto del Ministerio Público.-

La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación emitió concepto dentro del término legal del traslado especial, en el sentido de que se debe declarar infundado el recurso, por la ausencia de configuración de la causal invocada.

Respecto de la causal de fallo en conciencia, el Ministerio Público precisó que la censura se refiere a la actitud de los árbitros, es decir, a la manera como éstos asumieron la interpretación del contrato y la valoración de las pruebas; no obstante, en su opinión, el laudo se aviene a las exigencias que la ley impone, como es encontrarse fundado en derecho, para efectos de adoptar las decisiones pertinentes.

Añadió que el Tribunal, para estructurar su decisión en derecho, hizo una permanente referencia y análisis de las normas que regulan el conflicto, entre otras, las leyes 80 de 1993 y 143 de 1994 e, igualmente, realizó una valoración acertada del acervo probatorio del cual hacen parte el pliego de condiciones y sus adendas, la oferta presentada por el concesionario, el contrato de concesión y el de fiducia mercantil y la experticia rendida por el perito designado dentro del trámite arbitral.

Afirmó que el estudio que hizo el Tribunal con respecto a las pruebas arrimadas al proceso resultó pertinente y conducente para dirimir la controversia, pues dicha valoración probatoria estuvo orientada por las reglas de la sana crítica y la decisión fue adoptada con base en normas de rango constitucional, legal y reglamentario, lo cual conduce a afirmar que el laudo se pronunció en derecho y no en conciencia.

4.1.4.- Consideraciones de la Sala.

Como se dijo al inicio de esta providencia, la Corte Constitucional, mediante sentencia de tutela SU-173 del 16 de abril de 2015, dejó sin efectos el fallo proferido por esta corporación el 13 de mayo de 2009 y ordenó volver a fallar el recurso extraordinario de anulación interpuesto el 30 de agosto de 2007, por Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. - I.S.M. S.A.- integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. (parte convocada), contra el laudo del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario del 23 de agosto del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión 1 del 31 de diciembre de 1997, celebrado entre dicha unión temporal y el municipio de Neiva (parte convocante), lo que, en principio, daría lugar a efectuar un nuevo análisis de la causal de anulación que se examina.

No obstante, la Sala no puede pasar por alto que una de las razones por las cuales la Corte Constitucional dejó sin efectos el mencionado fallo del 13 de mayo de 2009 fue porque, en su criterio, el laudo arbitral se profirió en derecho y no en conciencia.

Dice el fallo de tutela (se transcribe textual como aparece en la sentencia SU-173 de 2015):

“La Corte no encontró que el laudo arbitral cuestionado pudiese ser calificado de decisión en conciencia y, coincidiendo con los votos disidentes que tuvieron lugar frente al fallo cuestionado y el concepto del Ministerio público; estimó de recibo la conclusión según la cual la decisión arbitral es una decisión en derecho. Por tanto,

no cabría dejar sin vigor el laudo y su providencia complementaria, en particular, el numeral noveno de la parte resolutive que condenó a la unión Temporal a pagar una suma de dinero a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente" (página 92).

Lo anterior implica que la causal de anulación denominada "*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*" fue analizada y decidida por el juez de tutela y, por lo mismo, no tiene sentido que el Consejo de Estado estudie nuevamente los cargos que sustentan la acusación, pues, en atención a lo afirmado en esa decisión judicial, no podría llegar a una conclusión distinta, so pena de desconocer el sentido de ella, esto es, de la sentencia SU-173 de 2015 de la Corte Constitucional.

En ese sentido, la Sala se abstendrá de analizar los cargos formulados al amparo de la causal de anulación prevista en el ordinal 2º del artículo 72 de la ley 80 de 1993 y procederá a examinar las restantes causales de anulación invocadas por el recurrente.

4.2.- "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido" (ordinal 4º del artículo 72 de la ley 80 de 1993)

Como asunto preliminar, el recurrente sostuvo que las dos causales invocadas son un desarrollo del principio de congruencia, cuyo quebranto constituye una vía de hecho judicial, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias T-450 de 2001, T-025 de 2002, T- 056 de 2004, T-025 de 2002, T-506 de 2004 y T-1038 de 2004, cuyos apartes pertinentes transcribió.

A continuación, ilustró el tema haciendo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales, indicando que éste solo procede para corregir errores *in procedendo* y señaló varios aspectos que comprenden el principio de congruencia.

4.2.1.- Los cargos formulados para estructurar la causal.

4.2.1.1.- "El Tribunal de Arbitramento varió la causa petendi del demandante contraviniendo el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y así terminó pronunciándose sobre puntos no sometidos a su decisión y concediendo más allá de lo pedido".

El apoderado de las sociedades recurrentes hizo un cuadro comparativo para establecer la correspondencia entre las pretensiones de condena que prosperaron (columna 1), aisladamente consideradas, y la forma en que se vieron éstas reflejadas en la parte resolutive del laudo. Agregó que una condena decidida a favor de una de las partes del proceso exige del juez el reconocimiento o declaración previa de la causa en la que dicha condena se fundamenta.

A continuación, concluyó que las pretensiones octava, novena y décima, perseguían la declaración de violación del contrato de concesión y “*solamente una declaración en ese sentido*”, esto es, después de reconocer la existencia de dicha causa (la violación del contrato), podía deducirse una condena (pretensiones consecuenciales de condena décima tercera, décima cuarta y décima quinta).

Señaló que la *causa petendi* de la condena era la violación del contrato de concesión, atribuida a las sociedades demandadas (acá recurrentes), según se puede observar en los hechos de la demanda, pero precisó que tal antecedente fáctico no era cierto, puesto que el Tribunal de Arbitramento excluyó en el laudo la posibilidad de que se hubiera presentado un incumplimiento por parte de ellas; sin embargo, accedió a las pretensiones de condena décima tercera, décima cuarta y décima quinta. Concluyó que el fallo del Tribunal se fundamentó en causa petendi distinta a la del incumplimiento de las demandadas (que era la única admisible como fundamento de la condena) y, con este proceder, transgredió el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del C. de P. C. (fls. 708 a 717, C. Consejo).

4.2.1.2.- “El Tribunal de Arbitramento resolvió, como principales, pretensiones que eran consecuenciales despojándolas de causa”.

Para sustentar la acusación, el impugnante reiteró los argumentos expuestos en el anterior cargo y, además, señaló que para el Tribunal las pretensiones primera, segunda, cuarta y quinta eran la causa de las pretensiones décima tercera, décima cuarta y décima quinta, pero que las primeras mencionadas no perseguían la declaratoria de incumplimiento o de terminación del contrato por incumplimiento, sino la interpretación de las cláusulas del contrato en cuanto a las obligaciones y derechos derivados de éste para las sociedades convocadas y, por lo tanto, las pretensiones declarativas no podían constituir la causa directa de las de condena, puesto que, para que ésta se impusiera, debía haberse declarado primero el incumplimiento del contrato, es decir, que las pretensiones de condena tenían un carácter consecuencial respecto de las declarativas de incumplimiento contractual.

Agregó que, al no existir pretensiones principales respecto de las cuales válidamente pudieran deprecarse las pretensiones consecuenciales décima tercera, décima cuarta y décima quinta, el Tribunal terminó fallándolas como principales y no como consecuenciales, según lo propuesto por el demandante y si tal pronunciamiento no fue consecuencial, sino principal, ello significa que las pretensiones de condena no tuvieron causa jurídica.

Concluyó que el Tribunal de Arbitramento falló las pretensiones décima tercera, décima cuarta y décima quinta sin causa alguna, concediendo más y por fuera de lo pedido por el demandante, puesto que éste estructuró su demanda para que le fueran reconocidas las condenas a que se ha hecho referencia, en tanto prosperaran las pretensiones declarativas de violación del contrato de concesión, pero, como éstas no prosperaron, no podía el Tribunal reconocer aquéllas (fls. 717 a 727, C. Consejo).

4.2.1.3.- “El Tribunal de Arbitramento so pretexto de resolver, en apariencia, algunas de las pretensiones principales de condena terminó realmente resolviendo las pretensiones subsidiarias de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin motivación alguna y sin pruebas; decidiendo así por fuera de su competencia y por fuera de la proposición de la demanda, puesto que un pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias exigía haber negado antes las principales”.

Afirmó que, no obstante que en el laudo se indicó que por haber prosperado las pretensiones principales no había lugar a analizar las subsidiarias, en realidad terminó abordando el estudio de las pretensiones subsidiarias a las décima tercera y décima cuarta pretensiones principales.

Señaló que, al leer el ordinal octavo del laudo, se observa un efecto real de restablecimiento y no de condena y que, si se compara el contenido de las pretensiones décima tercera y décima cuarta con el contenido de sus respectivas pretensiones subsidiarias, la única diferencia entre unas y otras es la razón que las fundamenta: en las primeras, el incumplimiento (que fue desestimado por el Tribunal) y, en las segundas, el desequilibrio económico del contrato.

Concluyó que el laudo decidió de fondo, pero irregularmente, una pretensión subsidiaria sobre restablecimiento económico del contrato, sin haber negado las pretensiones principales pertinentes; no obstante, al mismo tiempo señaló que no había lugar a un pronunciamiento respecto de la excepción sobre dicho restablecimiento

que, de haberse considerado, le habría dado al Tribunal la posibilidad de motivar la decisión respecto del restablecimiento económico del contrato, lo cual no ocurrió (fls. 727 a 731, C. Consejo).

4.2.1.4.- “El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre pretensiones declarativas relativas a la interpretación del contrato y les dio efectos retroactivos de condena, en contra del planteamiento del actor y, por consiguiente, por fuera de su competencia”.

Señaló que de las pretensiones declarativas que fueron reconocidas en la parte resolutive del laudo no se deducían efectos retroactivos; no obstante, el Tribunal de Arbitramento fundamentó en ellas la resolución de las pretensiones de condena décima tercera, décima cuarta y décima quinta y le dio efectos retroactivos a las mismas, desatendiendo el marco impuesto por el demandante.

Distinto hubiera sido si las pretensiones referidas a la violación del contrato de concesión (octava, novena y décima) hubieran prosperado, por cuanto éstas circunscribían de manera expresa su objeto a la restitución de sumas ya pagadas de modo indebido a las demandadas, objeto que necesariamente involucraba un efecto retroactivo; pero, como no fue así, se violó el principio de congruencia (fls. 731 a 735, C. Consejo).

4.2.1.5.- “El Tribunal interpretó mal la demanda y con ello quebrantó el principio de congruencia”.

Estructura este cargo la parte recurrente sobre la base de que el Tribunal de Arbitramento olvidó que las pretensiones del municipio de Neiva se encontraban concatenadas unas con otras, de forma consecucional.

Señaló que no se trataba de que el Tribunal estuviera errado al concluir que no hubo incumplimiento del contrato, sino que, al excluir el incumplimiento de las partes, no tenía porqué entrar a analizar y decidir las pretensiones décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta y décima quinta de condena, puesto que éstas eran consecuencia directa de las pretensiones sobre violación del contrato de concesión y no de las pretensiones de interpretación, como lo indicó el laudo.

Concluyó que, al haber malinterpretado la demanda, el Tribunal concedió más y por fuera de lo pedido, puesto que las condenas solicitadas por el municipio se encontraban fundadas en el incumplimiento de las convocadas y no en la

interpretación y definición del alcance de las obligaciones y derechos de éstas (fls. 735 a 737, C. Consejo).

4.2.2.- La oposición del municipio de Neiva.

Respecto del primer cargo, es decir, variación de la causa petendi, manifestó que las pretensiones declarativas décima tercera, décima cuarta y décima quinta no estaban vinculadas a las pretensiones octava, novena y décima, por cuanto en las primeras no se hacía referencia alguna a éstas, como para que pudiera afirmarse que unas son consecuencia de las otras; en todo caso, en las pretensiones décima tercera, décima cuarta y décima quinta no se dice que existió un incumplimiento del contrato.

Seguidamente, se refirió a las pretensiones primera, segunda cuarta y quinta, sobre las cuales afirmó que fueron acogidas por el Tribunal y agregó que se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele al contrato y que, al haber prosperado, se demostró que el concesionario había recibido sumas a las cuales no tenía derecho, situación que traía como consecuencia la restitución de lo indebidamente pagado.

Asimismo, señaló que en la demanda arbitral se pretendía establecer la remuneración que, a la luz del contrato de concesión y de los documentos que lo integran, tenía derecho a percibir el concesionario como contraprestación por las actividades cumplidas en desarrollo del objeto contractual y una vez ella fuera determinada, obtener la devolución de lo recibido en exceso por el concesionario.

Manifestó que el Tribunal, para declarar probada la excepción de cumplimiento, se fundó en el hecho de que las partes habían actuado de buena fe, de acuerdo con la interpretación que cada una había dado al contrato y que solo a partir del laudo se desentrañaría la recíproca intención de los contratantes. Agregó que el Tribunal consideró correcta la interpretación dada por el municipio demandante, lo cual no significa que las demandadas hayan obrado de mala fe o con violación del contrato o que, para ordenar la restitución de lo pagado en exceso, se requiriera como requisito la declaratoria previa del incumplimiento del contrato y por ello no puede admitirse que el Tribunal hubiere incurrido en el yerro que invoca el impugnante.

Adicionalmente, precisó que el Tribunal consideró que no existía culpa, la cual constituye el supuesto de la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato y, en armonía con ello, no reconoció la condena al pago de intereses desde el momento en

que las sociedades demandadas percibieron las sumas en exceso y tan solo accedió a condenar con intereses a partir de la ejecutoria del laudo.

Respecto del segundo cargo, esto es, resolver como pretensiones principales pretensiones que eran consecuenciales, sostuvo que el recurrente partió del garrafal error de considerar que el único supuesto que podía dar lugar a una condena era que se declarara el incumplimiento del contrato, cuando la verdad es que la existencia misma de la obligación permite a su titular pedir que se declare y que, por consiguiente, se condene al pago. Situación diferente se presenta cuando la circunstancia de falta de pago de la obligación es imputable al deudor, evento en el cual se genera responsabilidad que constituye el fundamento necesario para establecer si debe o no condenarse al pago de perjuicios.

A continuación, afirmó que la jurisprudencia citada por el recurrente no tiene pertinencia para el caso que se analiza y destacó que el artículo 1546 del C.C. permite pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, es decir, que la norma parte de la premisa de la responsabilidad (fls. 767 a 768, C. Consejo).

Respecto del tercer cargo, referido a que el Tribunal de Arbitramento resolvió pretensiones subsidiarias, so pretexto de resolver algunas principales, manifestó que era improcedente, en la medida en que bastaba leer la parte motiva y la resolutive del laudo para concluir que el Tribunal no concedió las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico y que tampoco el laudo contenía análisis alguno sobre dicho tema; por el contrario, el Tribunal se dedicó a determinar cuál era el sentido y alcance del contrato y de sus cláusulas, lo cual resulta sustancialmente diferente a pronunciarse sobre el equilibrio económico del mismo. Fue así como, al declarar la prosperidad de las pretensiones referidas a la remuneración del concesionario y demostrar que había recibido sumas en exceso, sin tener derecho legal o contractual a ellas, condenó a reembolsarlas y destinarlas a la expansión del sistema de alumbrado.

En lo que concierne al cuarto cargo, esto es, haberle dado efectos retroactivos a las pretensiones concernientes a la interpretación del contrato, calificó de absurda la sustentación que el recurrente presentó para fundamentarlo, pues si en las pretensiones primera, segunda, cuarta y quinta se solicitó la interpretación del contrato resulta claro que la interpretación que el juez haga cobija la totalidad el contrato, desde su celebración, porque sería inadmisibles que se interpretara de una manera para el

momento de su celebración y de otra al momento de ser examinado por el juez (fls. 768 a 769, C. Consejo).

Con relación al quinto cargo, referido a la interpretación errada de la demanda, señaló que en ésta se estructuraron pretensiones independientes, unas declarativas, otras de incumplimiento y otras de condena; pero, estas últimas no estaban vinculadas a las de incumplimiento, como lo sostiene el recurrente, por cuanto las mismas se fundaban en la interpretación del contrato, de tal modo que si las cláusulas tenían el sentido que les daba el demandante procedía la restitución de lo percibido en exceso por el concesionario, pero esto es completamente independiente de si el comportamiento del concesionario era reprochable y por ello debía ser condenado a pagar perjuicios, consecuencia natural de la responsabilidad civil (fl. 769, C. Consejo).

4.2.3.- El concepto del Ministerio Público.

Consideró que los cargos no tienen vocación de prosperidad, porque bastaba examinar las pretensiones declarativas décima tercera, décima cuarta y décima quinta, para advertir que éstas guardaban correspondencia con lo decidido en el laudo arbitral, específicamente en ordinales octavo y noveno, pues en las citadas pretensiones no se advierte que se haya solicitado la declaración de incumplimiento del contrato; por el contrario, lo que allí se solicitaba era que se condenara a las convocadas a destinar al desarrollo de las actividades propias del contrato de concesión las sumas recibidas en exceso por las convocadas y en la parte resolutive del laudo se accedió a esas pretensiones, de manera que lo decidido por el Tribunal corresponde a lo solicitado por la convocante.

En relación con el cargo atinente a que el Tribunal de Arbitramento resolvió sin pruebas la pretensión subsidiaria de restablecimiento del equilibrio económico – financiero del contrato, para el delegado del Ministerio Público es una acusación infundada, porque el Tribunal en parte alguna accedió a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato; de hecho, lo decidido por éste tiene fundamento en las solicitudes de la demandante (pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda reformada) que tienen que ver con las sumas recibidas en exceso por el concesionario, por concepto de las actividades ejecutadas, el número de luminarias suministradas, instaladas, mantenidas y operadas, resultantes de multiplicar los precios acordados para cada ítem que contienen la utilidad, por el número efectivo de luminarias, lo cual guarda relación con lo decidido por el Tribunal en los ordinales tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo.

Añadió que no tiene fundamento lo esbozado por la parte recurrente cuando afirma que el Tribunal de Arbitramento interpretó el contrato y le dio efectos retroactivos a su interpretación, para derivar de allí una condena, pues, para adoptar las determinaciones, el Tribunal necesariamente tuvo que acudir a lo pactado y a lo ofrecido por las partes en el contrato de concesión, pero ello no puede ser entendido como si el Tribunal hubiera obrado con falta de competencia.

Consideró equivocada la afirmación de la parte recurrente según la cual el hecho de que el Tribunal haya declarado probada la excepción de cumplimiento total de las obligaciones contractuales a cargo de la unión temporal hacía improcedente las pretensiones de condena, pues, en opinión del delgado del Ministerio Público, las condenas proferidas por el Tribunal no tienen fundamento en la supuesta violación del contrato, sino que surgieron de forma independiente.

Asimismo, estimó desacertada la apreciación de la parte impugnante en cuanto a que la prosperidad de la excepción de buena fe impedía que tuvieran éxito las pretensiones de condena, precisamente, por la ausencia de culpa, pues, en criterio del Ministerio Público, las que prosperaron de éstas corresponden a unas pretensiones declarativas que en nada se relacionan con la violación del contrato, sino que tienen su origen en la interpretación del mismo (fls. 774 a 795, C. Consejo).

4.2.4.- Consideraciones de la Sala.

La causal de anulación invocada (ordinal 4º del artículo 72 de la ley 80 de 1993, norma vigente para la fecha en la cual se produjo el laudo arbitral objeto del recurso extraordinario) se encuentra dirigida a preservar el principio de congruencia de los fallos, principio que se halla consagrado en el artículo 305 del C. de P. C. (modificado por el artículo 1, numeral 135, del decreto 2289 de 1989), el cual dispone que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.

La incongruencia, vista de manera general, abarca tres supuestos perfectamente definidos: (i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (ultra petita), (ii) cuando el fallo concede algo distinto de lo pedido (extra petita) y, (iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal prevista en el ordinal 4º del artículo 72 de la ley

80 de 1993 alude a los dos primeros aspectos, mientras que el último hace referencia a la causal contemplada en el ordinal 5º de la misma norma.

La disposición en cita impone al juez la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y con las excepciones propuestas en la contestación de la misma, exigencia que se torna aún más estricta en tratándose de laudos arbitrales, por cuanto las facultades de los árbitros devienen de la voluntad de las partes (principio de voluntariedad) materializada en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) y, por consiguiente, dichas facultades quedan totalmente restringidas a lo convenido por ellas (principio de habilitación).

Así, pues, la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 72 de la ley 80 de 1993 se configura cuando el laudo arbitral decide ultra o extra petita, es decir, cuando: (i) el laudo recae sobre materias no susceptibles de ser sometidas al arbitramento, por no tener el carácter de transigibles (ii) el laudo decide asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso), desconociendo así que el ámbito de su competencia está delimitado y restringido estrictamente a las precisas materias definidas por las partes y (iii) el laudo excede la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación y la demanda de reconvención y su oposición, es decir, cuando el mismo contiene pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas por las partes, de manera que el fallo no guarda consonancia con los extremos de la litis¹⁴.

Los cinco cargos formulados por la parte recurrente guardan relación con el último de los supuestos, es decir, están orientados a develar que el laudo arbitral excedió la relación jurídico – procesal, en la medida en que se pronunció sobre aspectos que no estaban contemplados en la demanda.

4.2.4.1.- Consideraciones en relación con los dos primeros cargos.

A través de los dos primeros cargos el recurrente cuestiona que el laudo arbitral haya accedido a las pretensiones de condena que, por su naturaleza, son consecuenciales a las pretensiones declarativas de violación del contrato, pese a que estas últimas las negó, a lo cual añadió que el Tribunal varió la causa petendi, pues las pretensiones (declarativas y de condena) descansaban en la presunta violación del contrato de

¹⁴ En el mismo sentido se citan las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 21 de mayo de 2008 (exp. 33643), del 27 de marzo de 2008 (exp. 33645), del 4 de abril de 2002 (exp. 20356), del 23 de agosto de 2001 (exp. 19090).

concesión por parte de la concesionaria y, a pesar de que declaró que no hubo tal violación al contrato, declaró prósperas esas pretensiones y también cuestiona que las pretensiones declarativas que prosperaron no pueden ser fuente de la condena impuesta a las convocadas.

Examinada la demanda arbitral (reformada), se observa que el convocante formuló un bloque de pretensiones principales declarativas relacionadas con lo que, en su sentir, tenía a derecho a recibir la concesionaria como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado público (pretensiones declarativas principales primera, segunda, cuarta y quinta, ver antecedentes de esta sentencia, páginas 7 y 8). Otro bloque de pretensiones declarativas principales perseguía la declaración de violación del contrato de concesión por parte de la concesionaria, por haber cobrado y recibido sumas superiores a las que estimaba que podía cobrar por concepto de: (i) luminarias que no fueron suministradas ni instaladas, (ii) ajuste de suministro y montaje, (iii) operación y mantenimiento, por razón del menor alcance del servicio por la disminución de las luminarias que fueron objeto de tales conceptos y (iv) retorno de la inversión (pretensiones declarativas principales sexta a décima, respectivamente (ver antecedentes de esta sentencia, páginas 8 y 9). Además, había un bloque de pretensiones de condena, a través de las cuales la convocante reclamaba que las convocadas devolvieran las sumas recibidas en exceso o sin justificación (pretensiones de condena décima primera a décima quinta, ver antecedentes de esta providencia, páginas 9 y 10).

Igualmente, observa la Sala que los hechos 4.35 y 4.36 de la demanda arbitral aluden a la presunta violación del contrato de concesión por parte de la concesionaria, por haber impartido órdenes de pago a la fiduciaria por conceptos a los que, según la demandante, no tenía derecho (fl. 22, C. Ppal 1).

A juicio de la Sala, la parte resolutive del laudo guarda simetría con las pretensiones de la demanda arbitral; de hecho, tal circunstancia se puede apreciar en el cuadro comparativo que la misma parte recurrente elaboró al plantear el recurso, donde transcribe las pretensiones de condena décima tercera, décima cuarta, y décima quinta, las cuales fueron objeto de pronunciamiento en los ordinales octavo y noveno, respectivamente, del laudo arbitral, dentro de los límites propuestos por el demandante.

No obstante, es cierto lo que plantea el recurrente, en el sentido de que el Tribunal de Arbitramento desestimó las pretensiones declarativas de violación del contrato de concesión (ordinal décimo primero de la parte resolutive del laudo), porque consideró que no podía haber incumplimiento debido a las distintas interpretaciones que cada parte tenía en relación con el contrato (ver página 171 del laudo, fl. 535, C. Consejo), a lo cual se añade que, naturalmente, el incumplimiento del mismo no podía ser declarado, porque fue el propio Tribunal de Arbitramento el que fijó la utilidad del concesionario en la operación y mantenimiento de la infraestructura en un 8%, con desconocimiento de la prueba, específicamente, del flujo financiero aceptado por el municipio, tal como quedó visto en párrafos anteriores. Para la Sala no hay duda de que mal podía declarar el Tribunal el incumplimiento en relación con un supuesto inexistente hasta antes de que él mismo pronunciara el laudo arbitral; pero, tal circunstancia no es, per se, una incongruencia de la decisión por modificación de la *causa petendi (extra factus)*, pues el incumplimiento no es un hecho desde el punto de vista ontológico, sino una calificación jurídica que realiza el demandante en relación con unos supuestos fácticos con relevancia para el litigio que, por cierto, fueron desestimados y que, además, no guardaban relación de causa a efecto, en relación con las pretensiones de condena.

Asimismo, debe anotarse que el propio Tribunal advirtió que las pretensiones de condena eran independientes de las pretensiones declarativas de violación del contrato. Así se advierte del párrafo visible a folio 541 del C. Consejo (página 177 del laudo), en el cual se lee:

“Debe precisar el Tribunal que por la manera en que están formuladas algunas pretensiones de condena, las mismas son independientes a la declaración de violación del contrato y son consecuenciales de las restantes pretensiones declarativas, lo cual es procesalmente admisible en la medida en que, como se analizó también, aún respecto de la acción de cumplimiento o terminación, la denominada pretensión indemnizatoria es independiente de la de cumplimiento, incumplimiento o terminación de un contrato en forma tal que como consecuencia de una pretensión diversa resulta factible solicitar la consecuencia jurídica que de la misma se desprende”.

Lo anterior significa que el fundamento de las pretensiones de condena no lo constituyeron las pretensiones declarativas de violación del contrato de concesión, sino las declarativas relacionadas con lo que, en opinión del demandante, tenía derecho a recibir el concesionario como remuneración y las declarativas de lo que, en su criterio, recibió en exceso de parte de la fiduciaria (ver páginas 7 y 8 de los antecedentes de esta sentencia).

Así, pues, en estricto sentido el ataque que realiza la parte recurrente a través de los dos primeros cargos está orientado a develar la falta de aptitud jurídica de las pretensiones declarativas para servir de causa a las pretensiones consecuenciales de condena que prosperaron, es decir, el recurso no cuestiona la discrepancia entre el *petitum* y *la causa petendi* de la demanda en relación con las declaraciones y condenas contenidas en la parte resolutive del laudo arbitral, sino que el cuestionamiento no va más allá de censurar la forma como las pretensiones de la demanda quedaron imperfectamente confeccionadas, en su opinión, y cómo el laudo arbitral no podía válidamente acceder a las pretensiones de condena, porque las declarativas formuladas para servir de causa de aquéllas no podían traer esa consecuencia.

Pero la causal de anulación invocada y el recurso extraordinario de anulación, en general, no tienen el alcance que el recurrente pretende darles, pues el juez del recurso no puede entrar a revisar la idoneidad de las pretensiones de la demanda arbitral y menos la congruencia que existe entre las pretensiones declarativas y las de condena o lo que el recurrente considera la forma correcta de formular las pretensiones declarativas y de condena, lo cual se traduce en que la congruencia a que se refiere la causal no se predica de la demanda en sí misma o del contenido intrínseco del fallo, sino que es aquella que debe existir entre lo pedido en la demanda, en la oposición a la demanda (simple o cualificada) y lo decidido por el laudo arbitral.

No prosperan los dos primeros cargos.

4.2.4.2.- Consideraciones en relación con el tercer cargo.

En el tercer cargo, la parte recurrente cuestiona el laudo porque, en su opinión, el verdadero fundamento que tuvo el Tribunal de Arbitramento para acceder a las pretensiones de condena no fueron las pretensiones declarativas primera, segunda, cuarta y quinta (que el mismo recurrente denominó pretensiones de interpretación del contrato, ver fl. 731, C. Consejo), sino que en realidad lo fueron las pretensiones subsidiarias encaminadas a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión.

Para la Sala, la afirmación del recurrente carece del poder para estructurar la causal de anulación invocada, en la medida en que no está orientada a demostrar que el laudo excedió la relación jurídico procesal, por contener pronunciamientos sobre

materias que no fueron planteadas por las partes, sino que está dirigida a demostrar que el fundamento de las condenas impuestas a las convocadas, desde su personal punto de vista, es equivocado, lo que, dicho en otros términos, significa que la censura radica en que, en sentir del recurrente, la condena impuesta se identifica con un restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debido a que la violación del contrato por la concesionaria no fue declarada y a que, en opinión del recurrente, tales condenas no podían surgir como consecuencia de la interpretación del contrato y de los documentos contractuales.

Pero, al margen de que el recurrente tenga o no razón de que las condenas impuestas, en estricto sentido jurídico, solo hubieran sido procedentes si, como consecuencia de la revisión de las cláusulas contractuales, el Tribunal hubiera arbitrado mecanismos tendientes a restablecer el equilibrio económico y más específicamente el equilibrio financiero del contrato de concesión, una discusión en tal sentido implicaría revisar aspectos sustanciales de la decisión arbitral, lo cual no es permitido a través de esta especie recurso extraordinario.

Párrafos atrás se dijo que el Tribunal de Arbitramento accedió a las pretensiones de condena (décima tercera, decima cuarta y décima quinta) como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas relacionadas con lo que, en opinión del demandante, tenía derecho a recibir el concesionario a título de remuneración y las declarativas referidas a lo que, en su criterio, recibió en exceso la concesionaria de parte de la fiduciaria (pretensiones declarativas primera, segunda, cuarta y quinta de la demanda reformada) y ello es un aspecto que no puede entrar a revisar el juez del recurso extraordinario, muy a pesar de que pudiera considerarse equivocado el razonamiento del Tribunal.

Dicho en otros términos, a través de la aducción de la causal de anulación que se analiza no puede la Sala entrar a valorar la relación consecencial que existe entre las pretensiones declarativas y de condena que declaró prósperas el Tribunal Arbitral, a menos que no exista simetría entre lo pedido y lo fallado; pero, en este caso, se observa que las declaraciones hechas por el laudo están dentro del marco fijado por las pretensiones de la demanda arbitral y lo mismo se predica de las condenas impuestas, luego no es posible hacer análisis o valoración alguna al respecto.

El cargo no prospera.

4.2.4.3.- Consideraciones en torno al cuarto cargo.

A través del cuarto cargo el recurrente censuró la decisión arbitral, porque consideró que el Tribunal se pronunció sobre las pretensiones declarativas relativas a la interpretación del contrato y les dio efectos retroactivos para imponer las condenas a las convocadas.

En este punto, la parte recurrente incurre en una contradicción con el discurso que venía exponiendo para estructurar la causal, pues acá admite que las condenas impuestas en los ordinales octavo, noveno y décimo de la parte resolutive del laudo fueron consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas primera, segunda, cuarta y quinta de la demanda arbitral reformada, las cuales denominó de interpretación del contrato –se reitera- (ver fl. 735, C. Consejo), pese a que hasta el momento sostenía que las condenas no estaban precedidas de declaración alguna.

Ahora, en lo que al contenido del cargo se refiere, la Sala precisa que no es acertada la apreciación del recurrente, referida a que se otorgaron efectos retroactivos a las pretensiones de interpretación del contrato, pues la sentencia declarativa no hace cosa distinta que eliminar la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico precedente a la interposición de la demanda, lo que significa que la situación jurídica o las disposiciones contractuales interpretadas existían antes de activarse el proceso, solo que había incertidumbre acerca del derecho.

Lo anterior supone que siempre que se produzca una decisión de orden declarativo tendrá efectos desde la época en que se engendró el derecho en disputa y no a partir de la declaración de certidumbre del derecho, porque, de ser así, se estaría en el marco de una pretensión y, correlativamente, de una sentencia constitutiva, esto es, que crea una nueva situación jurídica inexistente hasta antes del pronunciamiento, cuestión que no se presentó acá.

Cosa distinta es que, como consecuencia de la modificación introducida a la relación contractual a través del pronunciamiento arbitral al fijar el 8% de utilidad sobre los costos de operación y mantenimiento del sistema, se hubiera podido sostener que el laudo excedió el marco de las pretensiones, porque en ninguna parte de la demanda arbitral se había solicitado fijar una utilidad sobre dichos costos y menos en ese porcentaje y, en tal sentido, no era posible extender la condena hasta antes del pronunciamiento arbitral, pero ello no fue lo que fincó el ataque contra el laudo y,

atendiendo a que el recurso de anulación está gobernado por el principio dispositivo, el juez de la anulación no puede hacer análisis a ese respecto.

El cargo no prospera.

4.2.4.4.- Consideraciones respecto del quinto cargo.

El quinto cargo está estructurado sobre la base de la interpretación equivocada de la demanda, para lo cual la parte recurrente reiteró que el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta que las pretensiones de condena debían estar cimentadas sobre la declaración de violación del contrato.

La Sala reitera lo expuesto al resolver el primer cargo, en el sentido de que el juez de la anulación no puede entrar a revisar la idoneidad de las pretensiones de la demanda arbitral y menos la congruencia que existe entre las pretensiones declarativas y las de condena o lo que el recurrente considera la forma correcta de formular una y otra clase de pretensiones, pues la falta de congruencia ostenta naturaleza objetiva, lo que significa que surge de la confrontación de los extremos a decidir y, por consiguiente, no se incurre en ella cuando el juzgador, interpretando la demanda, se equivoca sobre su sentido, porque tal circunstancia se constituiría en un error de hecho in judicando que no es controlable a través de este recurso extraordinario.

El cargo no prospera.

4.3.- “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento” (ordinal 5° del artículo 72 de la ley 80 de 1993).

4.3.1.- Cargos formulados para estructurar la causal contemplada en ordinal 5° del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

4.3.1.1- “El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la excepción de cumplimiento del contrato, aceptándola, pero no se pronunció sobre sus consecuencias, como era su obligación”.

Consideró que no existía explicación válida ni lógica para que el Tribunal terminara condenando a las convocadas cuando expresamente admitió la excepción de cumplimiento propuesta por éstas, es decir, que con la prosperidad de esta excepción las pretensiones de violación del contrato de concesión y las de condena debían ser desestimadas en su totalidad, lo cual no ocurrió. Así, el Tribunal incurrió en una omisión,

al pasar por alto la consecuencia jurídica derivada de haber declarado la prosperidad de la excepción de cumplimiento del contrato (fl. 738, C. Consejo).

4.3.1.2.- “El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la excepción de buena fe del demandado pero no se pronunció sobre las consecuencias de la misma, como era su deber”.

El cargo se estructuró bajo los mismos presupuestos del anterior y agregó que la aceptación de la excepción de buena fe contractual en la ejecución del contrato de concesión significa reconocer la ausencia de culpa en la conducta de las sociedades convocadas y, por tal razón, no era posible deducirles responsabilidad, es decir, la prosperidad de la excepción enervaba todas las pretensiones de violación del contrato y las consecuentes condenas pretendidas por el demandante. (fl. 739, C. Consejo).

4.3.1.3.- “El Tribunal de Arbitramento (sic) al haber resuelto en el fondo las pretensiones subsidiarias de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debió haberse antes pronunciado sobre la excepción de falta de presupuestos para invocar el desequilibrio financiero del contrato”.

Señaló que como el Tribunal terminó pronunciándose, aunque no de manera formal, sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, dicha circunstancia le exigía abordar también el estudio de las pretensiones y excepciones que aludieran a dicho tema, para sustentar en forma debida esta decisión de fondo, es decir, debió rechazar las pretensiones principales décima tercera y décima cuarta de condena y, de haberlo hecho, se habría habilitado la posibilidad de pronunciarse válidamente sobre las pretensiones subsidiarias a la décima tercera y décima cuarta principales y lo mismo hubiere ocurrido respecto de la excepción propuesta. En su criterio, tales circunstancias vulneran el principio de congruencia (fl. 740 a 741, C. Consejo).

4.3.2.- La oposición del municipio.

Consideró errado el fundamento dado por las recurrentes a este cargo, pues señalan que la falta de prosperidad de las pretensiones declarativas de violación del contrato aparejaba como consecuencia la improsperidad de las pretensiones de condena que, en su sentir, eran consecuenciales.

Precisó que el Tribunal accedió, en los ordinales octavo y noveno de la parte resolutive del laudo, a las pretensiones de condena décima tercera, décima cuarta y décima quinta, con fundamento en la prosperidad de las pretensiones declarativas primera, cuarta y quinta de la demanda.

Igualmente, señaló que el Tribunal sí se había pronunciado sobre la consecuencia de la prosperidad de la excepción de cumplimiento del contrato, al declarar la improsperidad de las pretensiones relacionadas con la violación del contrato, razón por la cual considera infundado el cargo (fls. 769 a 771, C. Consejo).

En cuanto al segundo cargo, afirmó que el Tribunal sí se pronunció sobre las consecuencias del reconocimiento de la excepción de buena fe contractual, pues no accedió a declarar la prosperidad de las pretensiones declarativas de violación del contrato ni accedió a condenar por indemnización de perjuicios y costas (fls. 771 a 772, C. Consejo).

En relación con el tercer cargo, esto es, que el Tribunal no se pronunció sobre la excepción de falta de presupuestos para invocar el desequilibrio financiero del contrato, sostuvo el municipio que del contenido de la parte motiva y resolutive del laudo se evidenciaba que *"el Tribunal no concedió las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y consecuentemente no se pronunció sobre las excepciones propuestas para enervar tales pretensiones"* (fl. 772, C. Consejo), puesto que lo hecho por el Tribunal fue determinar cuál era el verdadero sentido del contrato, lo cual es radicalmente distinto a pronunciarse sobre el restablecimiento del equilibrio económico del mismo, por lo cual resultaba claro que el Tribunal no se pronunciara sobre las excepciones formuladas por las demandadas para enervar las pretensiones subsidiarias y, por ello, considera que el cargo es infundado (fl. 772, C. Consejo).

4.3.3.- El concepto del Ministerio Público.-

Sostuvo que no le asistía razón a las impugnantes, por cuanto el Tribunal sí se pronunció y decidió sobre la consecuencia que conllevaba aceptar como probada la excepción de cumplimiento total de las obligaciones, pues fue así como declaró la improsperidad de las pretensiones relacionadas con la violación del contrato, *"... pero a su vez reconoció otras, entendidas como aquellas que le eran independientes a la no (sic) prosperidad de dicha excepción, las que en su sentir eran procesalmente admisibles,*

en la medida en que eran consecuencia de una pretensión diversa y por lo mismo con efectos jurídicos frente a ella ...”.

En cuanto al cargo referido a que el Tribunal se pronunció sobre la prosperidad de la excepción de buena fe, pero no sobre las consecuencias de la misma, el Ministerio Público manifestó que se trataba de una apreciación errada, pues, según se deducía del laudo, las pretensiones de condena no se fundaron en la violación del contrato de concesión, sino en otras razones que encuentran su origen en la interpretación del citado contrato, en especial cuando se alega sobre el reembolso de unas sumas de dinero que recibió el concesionario sin tener derecho a ellas, frente a lo cual surgía la obligación para éste de restituir lo recibido indebidamente.

Precisó que el Tribunal sí se pronunció sobre todas las pretensiones declarativas principales y las consecuenciales de condena, como también sobre las excepciones propuestas, explicando las razones de su prosperidad o de negativa y, por tal razón, no puede admitirse la aseveración de que los árbitros desbordaron su competencia o transgredieron el principio de congruencia.

4.3.4.- Consideraciones de la Sala.-

La causal que ahora se analiza también encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 305 del C. de P. C., tal como lo señaló la Sala párrafos atrás y, además, en lo preceptuado por el artículo 304 *ibídem*, norma según la cual la parte resolutive de la sentencia deberá *“contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios ... y demás asuntos que corresponda decidir”* de conformidad con la ley.

Al examinar la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del decreto 1818 de 1998 fueron expuestas las situaciones que podían dar lugar a un fallo *ultra petita* o a uno *extrapetita* y corresponde ahora examinar el escenario opuesto, es decir, el que se presenta cuando el juez deja de resolver sobre lo pedido -fallo *“citra petita”*-.

La jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza y alcance de esta causal, en el sentido de que ella procede *“en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de*

decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos"¹⁵.

4.3.4.1.- Análisis de los dos primeros cargos.

Los dos primeros cargos cuestionan la decisión arbitral, por cuanto, en opinión de las recurrentes, el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre las consecuencias de la prosperidad de las excepciones de cumplimiento del contrato y buena fe.

La Sala considera, al igual que lo estimó el Ministerio Público, que la parte recurrente partió de unas apreciaciones equivocadas, para estructurar la causal de anulación.

Lo primero que hay que advertir es que la imprecisión surge del mismo tratamiento que el Tribunal de Arbitramento le dio a lo que las partes denominaron medios exceptivos.

En efecto, desde el punto de vista estrictamente procesal, el contenido de los verdaderos medios exceptivos, como mecanismo de defensa del demandado -la *exceptio*- está constituido por un hecho nuevo esbozado por el demandado, desconocido dentro del trámite procesal hasta el momento en que se propone y que trasciende en la relación jurídica en cuanto ataca la pretensión procesal desde su nacimiento, porque está orientada a destruirla, extinguirla, modificarla o dilatarla.

Por ende, no se trata de un medio de defensa constitutivo de una oposición simple, en el sentido de que se reduzca a negar los supuestos de hecho que arguye el demandante como fundamento de las pretensiones procesales, pues, de ser así, pasa a constituir o ser solo una razón de la defensa tendiente a refutar uno de los hechos dados a conocer por la parte demandante que, por consiguiente, debe ser analizada al momento de resolver el fondo del asunto.

De hecho, cuando el demandado propone un medio exceptivo, la mayoría de las veces acepta algunos de los supuestos fácticos aducidos por el demandante, no los niega, como sucede cuando se arguye una razón de la defensa; pero, al **excepcionar** está exponiendo una nueva circunstancia encaminada a embestir la pretensión del demandante, por una razón distinta (es cierto, excepto que ...).

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencias del 20 de mayo de 2004 (exp. 25.759), del 4 de abril de 2002 (exp. 20.356) y del 2 de marzo de 2006 (exp. 29.703).

Es evidente que lo que el convocado denominó excepciones no tenía tal connotación, pese a que el Tribunal de Arbitramento les dio ese tratamiento; pero, por la misma razón, la única consecuencia que se podía desprender de su prosperidad era la negación de las pretensiones que se fundaban en tales supuestos de hecho, es decir, negar las pretensiones que se cimentaban en los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento contractual y de la mala fe contractual y ello fue lo que ocurrió, pues el laudo arbitral negó las pretensiones de violación del contrato (ordinal décimo primero de la parte resolutive del laudo arbitral, fl. 617, C. Consejo) y, por ende, desestimó la condena a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual o que estuvieran determinados por una conducta precedida de mala fe contractual, razón por la cual se abstuvo de condenar a las convocadas al pago de intereses de mora sobre las sumas que obligó a las convocadas a restituir al patrimonio autónomo, a través del cual se manejaban los recursos del contrato de concesión, que era la consecuencia jurídica que se podía desprender de la declaración de cumplimiento de las obligaciones contractuales y de la corroboración de que la actuación de las partes estuvo precedida de buena fe (objetiva) en el marco de la relación contractual.

Lo anterior significa que la consecuencia jurídica no era necesariamente que el Tribunal absolviera a las convocadas de las pretensiones incoadas en su contra, como lo entendieron las recurrentes, sino que fuera coherente con la decisión que adoptaba y, como quedó visto, desde el punto de vista estrictamente formal se pronunció sobre los aspectos propuestos por las partes y sobre sus consecuencias jurídicas.

Así, los dos primeros cargos no prosperan.

4.3.4.1.- Análisis respecto del tercer cargo.

En relación con el tercer cargo, resulta evidente que las impugnantes insisten en que el Tribunal de Arbitramento decidió las pretensiones de condena con fundamento en el supuesto restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, pero, como se vio anteriormente, la condena tuvo fundamento en la prosperidad de las pretensiones declarativas principales primera, segunda, cuarta y quinta, que no guardan relación con ese aspecto, de modo que, como el Tribunal no analizó las pretensiones subsidiarias, no era necesario que analizara las excepciones dirigidas a enervarlas.

El cargo no prospera.

5.- Conclusión.

Como quiera que ninguno de los cargos analizados prosperó, se mantendrán incólumes el laudo del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario del 23 de agosto del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión 1 del 31 de diciembre de 1997, celebrado entre la unión temporal Diselecsa Ltda. – I.S.M S.A. y el municipio de Neiva.

6.- Condena en costas.

Se impondrá condena en costas al recurrente vencido, tal como lo dispone el artículo 129 de la ley 446 de 1998, compilado por el artículo 165 del decreto 1818 de 1998 (modificatorio del artículo 40 del decreto 2279 de 1989).

En la liquidación se incluirá, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con las reglas previstas por el artículo 392 del C. de P.C. y las tarifas establecidas por el numeral 1.12.2.3 del acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, suma que deberá ser pagada, por partes iguales, por las integrantes de la parte recurrente.

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

FALLA

Primero.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. - I.S.M. S.A.-, integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. (parte convocada), contra el laudo del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario del 23 de agosto del mismo año, proferidos por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión 1 del 31 de diciembre de 1997, celebrado entre dicha unión temporal y el municipio de Neiva (parte convocante).

Segundo.- CONDÉNASE en costas a la parte recurrente, esto es, a Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA.- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. - I.S.M. S.A., integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. – ISM S.A.

Por Secretaría de la Sección tásense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, la cual deberá ser pagada por las recurrentes en partes iguales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, lugar de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA