



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCION A

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001032600020180005300 (61431)

Convocante: UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015

Convocado: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE VALLEDUPAR EMDUPAR S.A. E.S.P.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Temas: FALLO EN CONCIENCIA. Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. No se configuran los presupuestos del fallo en conciencia cuando se pretende modificar la valoración de la ley aplicable o de las pruebas practicadas en el proceso. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL No existió la supuesta violación del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado ni la misma era idónea para configurar el fallo en conciencia / FALLO MÁS ALLÁ DE LO PEDIDO (ULTRA PETITA) – anulación por la causal 9 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 – se anula la orden de continuar con la ejecución del contrato de colaboración empresarial por cuanto no correspondió a ninguna pretensión presentada en la demanda / DISPOSICIONES SEÑALADAS COMO CONTRADICTORIAS – análisis de la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO- el cargo puede ser estudiado por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación, en tanto esa circunstancia deje al descubierto un fallo en conciencia, teniendo en cuenta además que el cargo fue sustentado y objeto de contradicción dentro del proceso y, según la Corte Constitucional, la labor del juez de anulación al verificar el respeto por la Constitución Política puede contribuir a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional.

Decide la Sala los recursos de anulación interpuestos por la parte convocada y por el agente delegado de la Procuraduría General de la Nación, en representación del Ministerio Público¹, contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento², dentro del trámite arbitral de la referencia el 22 de diciembre de 2017, en el cual se resolvió lo siguiente (se transcribe de forma literal):

¹ Procuraduría 47 Judicial II para Asuntos Administrativo, con sede en Valledupar – departamento del Cesar.

² Integrado por un árbitro único ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Valledupar.

“PRIMERO: Declarar que la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P. incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, cuyo objeto fue el ‘SUMINISTRO E INSTALACIÓN MASIVA DE MICROMEDIDORES A LOS USUARIOS DE LA EMPRESA DE SERVIDORES PÚBLICOS DE VALLEDUPAR EMDUPAR’, conforme a las consideraciones que han quedado expuestas.

“SEGUNDO: Declarar que la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. ESP, vulneró los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima durante la ejecución del Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015 al incurrir en los incumplimientos declarados.

“TERCERO: Ordenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar –EMDUPAR S.A. ESP, que continúe con la ejecución del Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, conforme al Estudio de Conveniencia y Oportunidad No. 11503092015 de septiembre 3 de 2015, los Términos de Referencia, el Manual Interno de Contratación e Interventoría de EMDUPAR S.A. ESP y las normas legales y reglamentarias que les son aplicables.

“CUARTO: Condenar, como consecuencia de las declaraciones que anteceden, a la Empresa de Servicio Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. ESP, a pagar a la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, NIT 900.908.102-6, representada por FRANCISCO ANTONIO FORERO DUCUARA, la cantidad de \$2.368’992.440,00 por concepto de indemnización del daño material causado al contratista colaborador, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, derivados de los incumplimientos contractuales señalados, conforme a las consideraciones que anteceden.

“QUINTO: Condenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A.ESP, a pagar a la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, NIT 900.908.102-6, representada por FRANCISCO ANTONIO FORERO DUCUARA, el valor de las costas del proceso, integradas por los gastos comprobados y las agencias en derecho, cuya liquidación asciende a \$225’938.207,00.

“SEXTO: Ordenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. ESP, que dé cumplimiento a las condenas impuestas conforme a lo establecido en el artículo 305 y concordantes del CGP y el artículo 192, siguientes y concordantes del CPACA, advirtiendo que las cantidades líquidas de dinero de que trata este Laudo, devengarán intereses moratorios según lo dispuesto en dicha normatividad.

“SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

“OCTAVO: Ordenar que una vez en firme este Laudo, se entregue el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valledupar, para los efectos previstos en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012”³.

I. ANTECEDENTES

1. El procedimiento arbitral

Con fundamento en la cláusula décima octava del contrato de colaboración empresarial No. 074 de 12 de noviembre de 2015⁴ se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada el 3 de marzo de 2017 por la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, obrando como convocante, en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. Emdupar S.A. ESP⁵ en calidad de convocada. En la demanda se presentaron pretensiones declarativas de incumplimiento del contrato y las de condena correspondientes⁶.

1.1. La demanda

En los hechos de la demanda arbitral se narró que, habiendo realizado los estudios de oportunidad y conveniencia, Emdupar S.A. ESP -empresa pública del orden territorial- advirtió la necesidad de contratar el suministro e instalación de micromedidores para atender al 100% de los usuarios del servicio público domiciliario de acueducto prestado por Emdupar S.A. ESP.

Teniendo en cuenta la necesidad de cambiar o instalar nuevos micromedidores y que, por otra parte, la regulación ordenaba la financiación a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, hasta por 36 meses⁷, Emdupar S.A. ESP formuló una invitación privada el 29 de

³ Folios 946 y 947, cuaderno principal, recurso de anulación.

⁴ Clausula décima octava – “TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO”, Contrato 074 de 2015, folio 117 cuaderno 1.

⁵ En adelante se denominará Emdupar S.A. ESP.

⁶ El contenido de las pretensiones se transcribirá en el análisis de las causales de anulación.

⁷ Ley 142 de 1994. “Artículo 146. La Medición del Consumo, y el Precio en el Contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario. (...). // En todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente Ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3. // Parágrafo. La Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente Ley,

octubre de 2015⁸ como resultado de la cual celebró el contrato de colaboración empresarial No. 074 de 12 de noviembre de 2015 con la Unión Temporal de Medidores del Cesar 2015, con el fin de instalar y financiar los referidos equipos de medición.

La convocante narró que, considerando que la instalación sería masiva, el 18 de noviembre de 2015 celebró un contrato de suministro con Aquasoft⁹ para adquirir los micromedidores requeridos, con el fin de cumplir con el contrato de colaboración empresarial.

Explicó que realizó la adquisición en esa forma, porque, en su criterio, según se desprendía del contrato No. 074, debía instalar todos los micromedidores en dos años para cumplir con la financiación de 36 meses, dentro del plazo total del contrato que era de 60 meses¹⁰; sin embargo, afirmó que después de un año de ejecución del contrato No. 074 la instalación “*masiva*” solo había alcanzado 976 micromedidores.

Indicó que Emdupar S.A. ESP nunca cumplió con la obligación contractual de entregar los listados “*georreferenciados*” de los usuarios y/o suscriptores, ni tampoco realizó la gestión comercial requerida para el suministro e instalación de los micromedidores a sus usuarios, incumpliendo con lo acordado en el contrato No.074.

Por otra parte, explicó que Emdupar S.A. ESP incumplió la obligación de transferirle los recaudos del suministro e instalación de los equipos de medición de acuerdo con lo que estaba pactado en el contrato y que, por el contrario, esa empresa, al parecer, desvió los dineros recaudados para otros fines.

Agregó que en múltiples oportunidades solicitó el cumplimiento del contrato No. 074 y acudió ante la Personería Municipal de Valledupar para pedirle a Emdupar S.A. ESP que conformara el comité de cumplimiento que debía reunir para discutir los temas relacionados con la correcta ejecución del contrato, no obstante lo cual el incumplimiento persistió y, a su vez, causó el incumplimiento de los compromisos económicos de la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015.

reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta Ley”.

⁸ Folio 52 a 68, cuaderno 1. Invitación privada 035 de 2015.

⁹ Folios 132 a 138, cuaderno 1.

¹⁰ Folio 11, cuaderno 1.

La unión temporal solicitó la conciliación de las diferencias ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Valledupar, pero el gerente de Emdupar S.A. ESP no asistió a la diligencia, razón por la cual la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 presentó la demanda en la cual solicitó la integración del Tribunal de Arbitramento.

1.2. Contestación de la demanda

Emdupar S.A. ESP contestó la demanda el 23 de mayo de 2017¹¹ y presentó las siguientes excepciones: inexistencia de incumplimiento, abuso del derecho a la acción, mala fe y temeridad del actor, cobro de lo no debido, estimación irracional de la cuantía y excepción de “*contrato cumplido*”.

En primer lugar, observó que el contrato solo llevaba 17 meses de ejecución y que Emdupar S.A. ESP contaba con el plazo total de 60 meses para instalar los 24.419 micromedidores a que se refirió el contrato. Explicó que la instalación de los micromedidores a los usuarios dependía de un protocolo en el que interactuaban ambas partes.

En segundo lugar, indicó que la unión temporal estaba pretendiendo el cobro de lo no debido y que, por su parte, Emdupar S.A. ESP se encontraba cumpliendo el contrato.

1.3. Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia

En el acta de 21 de abril de 2017 consta que el Tribunal de Arbitramento profirió el auto número 01, mediante el cual admitió la demanda arbitral¹².

Una vez notificada y contestada la demanda, después de agotada la audiencia de conciliación, el Tribunal de Arbitramento, en el acta No. 007 de 16 de agosto de 2017, a través del auto No. 007, se declaró competente para conocer y decidir las controversias sometidas al arbitramento y, además, decretó las pruebas correspondientes.

1.4. Comunicación a la Agencia Nacional de Defensa del Estado

El 8 de marzo de 2017, mediante oficio radicado con el No.RN72512877500, se comunicó la iniciación del trámite arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del

¹¹ Folios 213 a 225, cuaderno 1.

¹² Folios 206 y 207, cuaderno 1.

Estado¹³. El 29 de marzo de 2017, mediante oficio radicado con el No.7352718500 se le comunicó la fecha de la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento. La referida agencia no intervino en el proceso arbitral.

1.5. Concepto de la Procuraduría General de la Nación

El Procurador 47 Judicial II para asuntos de conciliación administrativa de Valledupar, igualmente notificado y habiendo asistido a algunas audiencias dentro del trámite arbitral, emitió concepto el 22 de noviembre de 2017, en el cual consideró que debían denegarse las pretensiones de la demanda arbitral¹⁴.

2. El laudo arbitral

En el laudo arbitral proferido el 22 de diciembre de 2017, contra el cual se presentaron los recursos extraordinarios de anulación que ahora se desatan, el Tribunal de Arbitramento estudió el caso bajo estudio partiendo de los elementos que constituyen la responsabilidad contractual, analizó los hechos probados en el proceso arbitral y finalmente, arribó a las siguientes consideraciones específicas (se transcribe de forma literal):

“Está debidamente documentado y probado que (...) [D]debido a la urgencia de realizar el suministro e instalación masiva de equipos de medición del servicios de acueducto, conforme a los estudios previos y a los términos de referencia, en la Cláusula Décima Literal A, numeral 4º, EMDUPAR S.A. E.S.P., se obligó a ‘Suministrar los listados georreferenciados de los usuarios y/o suscriptores nuevos y los que luego de seis (6) meses de haber sido conectados a las redes de la empresa aún no cuentan con equipos de medición, al igual que los usuarios que requieran normalizar sus cuentas’ (...). Fluye entonces claramente que EMDUPAR S.A. E.S.P. tal como afirma la demandante, no cumplió con su obligación de suministrar dichos listados georreferenciados, que permitieran ubicar con exactitud los inmuebles de los usuarios (...) para dar cumplimiento al objeto del contrato de instalar masivamente 24.419 micromedidores...//. Para este Tribunal resulta concluyente que la parte CONVOCADA no adujo ni presentó medios probatorios pertinentes (...) [para demostrar su cumplimiento]”¹⁵.

Por otra parte, aunque advirtió incongruencias en las certificaciones relacionadas con la ejecución del contrato, provenientes de ambas partes, el Tribunal de Arbitramento estimó que, con fundamento en los requerimientos de la auditoria y los compromisos que se relacionaron como incumplidos ante el personero municipal, se encontró

¹³ Folio 171 a 173, cuaderno 1.

¹⁴ Folios 774 a 798, cuaderno 2.

¹⁵ Folios 924 y 925, cuaderno principal recurso de anulación.

probado que Emdupar S.A. ESP no cumplió con la forma de pago pactada, no mantuvo las reuniones del comité de seguimiento puesto que solo realizó algunas y, por otra parte, dejó de cumplir con la gestión comercial y financiera para el suministro e instalación de equipos de medición.

Teniendo en cuenta los incumplimientos contractuales que estimó probados, el árbitro acudió a cuantificar los perjuicios ocasionados a la unión temporal convocante, con base en la prueba pericial contable y financiera que decretó en el proceso, observó que la misma fue debidamente practicada y se sometió a la contradicción de las partes; sin embargo, se apartó de algunas de las estimaciones del perito en relación con el plazo para la entrega de los 24.419 equipos de medición y, en su lugar, de manera proporcional a la duración total del contrato, el árbitro calculó que el contratista debía suministrar 407 medidores al mes, siempre que la contratante hubiera cumplido con sus obligaciones.

Con apoyo en lo anterior, el árbitro estableció que a la fecha de presentación de la demanda el incumplimiento afectaba 4.034 micromedidores que no fueron instalados por razones imputables al referido incumplimiento de Emdupar S.A.ESP.

Con fundamento en ese número de medidores calculó el daño emergente en la suma de \$879'412.000, la cual, después de actualizada y con intereses ascendió a \$1.377'722.111 a la fecha del laudo.

Por otra parte, con la misma cantidad de medidores materia del incumplimiento apreciado en el laudo, el árbitro calculó el lucro cesante con base en el valor de la *“utilidad esperada por el contratista por la instalación de cada micromedidor”*¹⁶, suma a la cual aplicó la tasa de interés efectivo anual certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para créditos de consumo, entre el 12 de noviembre de 2015 y el 22 de diciembre de 2017 y estableció, por dicho concepto, la suma de \$991'270.339¹⁷.

¹⁶ Folio 942, laudo arbitral cuaderno principal recurso de anulación.

¹⁷ Este análisis soportó la condena contenida en la resolutive cuarta por la suma de \$2.368'992.450.

Finalmente, en el laudo arbitral se fijaron las costas del proceso en la suma de \$225'938.207, distribuida así: por concepto de gastos del proceso (\$107'488.585) y agencias en derecho (\$118'449.622)¹⁸.

3. Solicitud de aclaración

Emdupar S.A. E.S.P. presentó solicitud de aclaración del laudo arbitral, en relación con el ordinal tercero de la parte resolutive, dado que, en su criterio, el árbitro se había pronunciado sobre una pretensión no solicitada, al imponer la obligación de *“continuar”* con el contrato de colaboración empresarial¹⁹.

Por otra parte, en relación con los criterios utilizados para tasar y evaluar los perjuicios materia de la condena, Emdupar S.A. ESP solicitó aclaración sobre el *“respaldo”* técnico y normativo en que se fundó el laudo, entre otras razones, por cuanto el contrato estipuló una duración de 60 meses y el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta que *“no es dable declarar el incumplimiento de una obligación sujeta a plazo hasta la llegada del mismo”*²⁰.

La solicitud de aclaraciones se resolvió por auto de 18 de enero de 2018, estimando que no existieron frases o conceptos que ofrecieran verdadero motivo de duda y que hubieran incidido en la parte resolutive del laudo arbitral. Como consecuencia, el Tribunal de Arbitramento denegó la aclaración solicitada por la empresa convocada²¹.

4. Trámite procesal de los recursos de anulación

En su oportunidad, Emdupar S.A. ESP y el Ministerio Público presentaron sendos recursos de anulación contra el laudo arbitral, con el contenido que se detallará más adelante.

¹⁸ Folio 945, cuaderno principal recurso de anulación.

¹⁹ Folio 952, cuaderno principal recurso de anulación.

²⁰ Folio 954, cuaderno principal recurso de anulación.

²¹ Folio 865, cuaderno 2.

El secretario del Tribunal de Arbitramento dio traslado de los recursos de anulación y la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 presentó su contestación. Habiendo recibido los escritos correspondientes, el expediente fue remitido al Consejo de Estado²².

Mediante providencia del 29 de mayo de 2018, el despacho conductor del proceso avocó conocimiento de los recursos de anulación interpuestos por Emdupar S.A. ESP, parte convocada en el proceso arbitral y por el Ministerio Público.

El Ministerio Público presentó un escrito de “*adición*” al recurso de anulación, el cual fue rechazado por extemporáneo, de acuerdo con lo que se expuso en auto de 29 de mayo de 2018.

5. Suspensión del cumplimiento del laudo arbitral

En el escrito contentivo del recurso de anulación Emdupar S.A. ESP solicitó la suspensión del cumplimiento de lo resuelto en el laudo arbitral.

Por otra parte, allegó una providencia del 22 de febrero de 2018, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar decidió abstenerse de librar mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo que inició la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 contra Emdupar S.A. E.S.P., por considerar que dicha empresa se encontraba dentro del plazo para cumplir con lo ordenado en el laudo arbitral de 22 de diciembre de 2017, en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.²³.

En el ordinal tercero de la providencia de 29 de mayo de 2018 se accedió a la medida de suspensión del cumplimiento del laudo arbitral, teniendo en cuenta que se cumplieron los requisitos previstos en la Ley 1563 de 2012, toda vez que la solicitante - Emdupar S.A. ESP- es una entidad pública y que, por otra parte, la medida solicitada recayó sobre una condena que le fue impuesta dentro del laudo arbitral.

Mediante escrito de 14 de junio de 2018, la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 presentó recurso de súplica contra el auto de 29 de mayo antes citado, en el cual alegó que la solicitud de Emdupar S.A. ESP no cumplía con la carga argumentativa mínima que se exigía para suspender el cumplimiento del laudo arbitral.

²² Folio 1041, cuaderno principal recurso de anulación.

²³ Folio 984 a 988, cuaderno principal recurso de anulación del laudo arbitral.

En auto de 27 de septiembre de 2018²⁴, los otros dos magistrados que integraron la Sala desataron el recurso de súplica en el sentido de confirmar la suspensión del cumplimiento del laudo arbitral, con fundamento en que el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 no exige el requisito de una argumentación específica²⁵ para soportar la solicitud de suspensión, de manera que se consideró suficiente lo expuesto por Emdupar S.A. E.S.P. y se confirmó la medida de suspensión del cumplimiento del laudo arbitral.

II.- CONSIDERACIONES

La Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** oportunidad en la presentación de los recursos; **3)** facultades del Ministerio Público para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral; **4)** causales invocadas en los recursos de anulación; **5)** fallo en conciencia, causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. **5.1)** no se configuran los presupuestos del fallo en conciencia cuando se pretende modificar la valoración de la ley aplicable o de las pruebas practicadas en el proceso; **5.2)** no existió la supuesta violación del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado ni la misma era idónea para configurar el fallo en conciencia; **6)** causal 9, fallo más allá de lo pedido (*ultra petita*); **7)** causal 8, análisis de las disposiciones señaladas como contradictorias; **8)** cargo por violación al debido proceso; **9)** costas.

1. Jurisdicción y competencia

Se reafirma lo dispuesto en el auto de 29 de mayo de 2018 acerca de la jurisdicción y la competencia para conocer del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que una de las partes del conflicto contractual que se desató con el laudo arbitral -Emdupar S.A. ESP- es una entidad de naturaleza pública.

Se agrega que corresponde a esta Sala conocer del recurso, con fundamento en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012²⁶ y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011²⁷.

²⁴ Folios 1055 y 1056, cuaderno principal recurso de anulación del laudo arbitral.

²⁵ Folio 1056, cuaderno principal recurso de anulación del laudo arbitral.

²⁶ “Ley 1563 de 2012. Artículo 46. Competencia. (...)“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo <sic> arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

²⁷ “Artículo 149 C.P.A.C.A. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única

2. Oportunidad en la presentación de los recursos

Se verifica la oportunidad en la presentación de los recursos extraordinarios de anulación, tal como se expuso en el auto de admisión, toda vez que la solicitud de aclaración se notificó el 29 de enero de 2018 y el término de 30 días fijado en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012²⁸ vencía el 12 de marzo de 2018, dentro del cual se presentaron los recursos del Ministerio Público y de Emdupar S.A. ESP²⁹.

Por otra parte, se reitera el rechazo por extemporaneidad del escrito de adición al recurso de anulación presentado por el Ministerio Público el 23 de marzo de 2018³⁰, de acuerdo con lo que se dispuso en el auto de 29 de mayo de 2018³¹.

3. Facultades del Ministerio Público para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral

La Sala observa que fue acertada la decisión de admitir el recurso extraordinario de anulación presentado por el delegado de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que la potestad del Ministerio Público para interponer el citado recurso de anulación contra el laudo arbitral se apoya en los artículos 43 y 49 de la Ley 1563 de 2012³², que contemplan la facultad para actuar en los procesos arbitrales, sin distinguir el tipo de actuación y, además, al regular las costas del recurso, la misma ley de arbitraje se refiere a que no se causan costas cuando el recurso ha sido interpuesto por el

instancia de los siguientes asuntos: (...) 7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia”.

²⁸ “Artículo 40. Recurso Extraordinario de Anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición”.

²⁹ De acuerdo con los escritos que reposan en el expediente, los recursos de anulación se presentaron el 16 de enero de 2018 y 2 de marzo de 2018, según se observa en los folios 989 y 955, cuaderno principal recurso de anulación.

³⁰ Folio 1024, cuaderno principal recurso de anulación.

³¹ Folios 1044 a 1046, cuaderno principal recurso de anulación.

³² Ley 1563 de 2012. “Artículo 49. Intervención del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado **para actuar en los procesos arbitrales** y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. (...)”.

“Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. (...) Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, **salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público**” (la negrilla no es del texto).

Ministerio Público, lo cual permite concluir que la ley le reconoce la competencia para interponerlo dentro del ejercicio de sus funciones.

Dicha facultad, reconocida por la ley especial de arbitraje, se complementa con lo previsto en los artículos 45 y 46 de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso (C.G.P.), según el cual el Ministerio Público es un sujeto procesal especial con amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos³³.

La actuación del Ministerio Público se entiende enmarcada en la defensa del ordenamiento jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales³⁴, de acuerdo con las funciones que reconoce la ley procesal para la intervención de esa entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, se hace constar que el Ministerio Público presentó su recurso de anulación apoyándose en la condición de parte especial en el respectivo proceso y en la defensa del patrimonio público toda vez que, según expuso, la difícil situación económica de la empresa pública Emdupar S.A. ESP se veía agravada por el laudo arbitral que le impuso obligaciones que, a juicio del Ministerio Público, no eran procedentes.

³³ “Artículo 45 C.G.P. Ministerio Público. Las funciones del Ministerio Público se ejercen: (...) 4. Ante los tribunales de arbitraje, de acuerdo con las reglas especiales que rigen la materia. A falta de norma expresa, a través de quien fuere competente en caso de haberse tramitado el proceso ante un juez o tribunal”.

“Artículo 46 C.G.P. Funciones del Ministerio Público. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, el Ministerio Público ejercerá las siguientes funciones:

“1. Intervenir en toda clase de procesos, en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos.

“2. Interponer acciones populares, de cumplimiento y de tutela, en defensa del ordenamiento jurídico, para la defensa de las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos, así como de acciones encaminadas a la recuperación y protección de bienes de la nación y demás entidades públicas”.

³⁴ Aunque referida a un recurso diferente del que se conoce en este proceso, merece citarse la sentencia de unificación de la Sala Plena de Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 26 de febrero de 2018, exp. 66001- 23-31-000-2007-00005-01(36853), Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, acción de reparación directa, en la cual se dispuso:

“PRIMERO: UNIFICAR su jurisprudencia en relación con el interés del Ministerio Público para apelar, en el sentido de concluir que sí le asiste dicho interés, pues el recurso de apelación presentado por la Procuraduría se entiende interpuesto en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales, sin que le sea exigible manifestar esto expresamente”.

4. Causales invocadas en los recursos de anulación

4.1. Emdupar S.A. ESP interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral invocando las causales 7³⁵, 8³⁶ y 9³⁷ del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a saber: **i)** el fallo en conciencia, el cual hizo consistir en que el laudo inobservó el marco jurídico del contrato y el acervo probatorio allegado al proceso y desconoció la regla jurisprudencial de la prevalencia del pliego de condiciones sobre el contrato; **ii)** el laudo fue contradictorio, toda vez que impuso la continuidad del contrato de colaboración empresarial, aunque por otra parte consideró que el mismo había sido incumplido y **iii)** el laudo constituyó un fallo *ultra petita* en la medida en que la condena arbitral impuesta en la resolutive tercera obligó a Emdupar S.A. ESP a dar continuidad del contrato sobre lo cual no existió pretensión alguna en la demanda.

4.2. El Ministerio Público solicitó la anulación del laudo arbitral con fundamento en las causales previstas en los artículos 7 y 9 de la Ley 1563 de 2012, es decir: **i)** el fallo en conciencia, por cuanto, en su criterio, se pasó por alto el contenido del pliego de condiciones y el precedente jurisprudencial de su prevalencia sobre el contrato y **ii)** el laudo se pronunció sin motivación para denegar las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda, referido a la falta de razonamiento sobre la denegación de la vulneración de los principios citados en dichas pretensiones.

5. Fallo en conciencia

5.1. Sustentación de la causal de fallo en conciencia expuesta en el recurso presentado por Emdupar S.A. ESP

³⁵ “7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

³⁶ “8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”.

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

Por su parte, después de citar la jurisprudencia de esta Corporación acerca del fallo en conciencia, Emdupar S.A. ESP afirmó la inexistencia de un argumento sólido en el laudo arbitral, “*pero sobre todo, EL DESPRECIO del árbitro a las normas del derecho positivo que rigen la **CONTRATACIÓN ESTATAL a lo largo de todo el laudo***”³⁸.

En primer lugar, la recurrente, concretó la configuración de fallo en conciencia en la ausencia de normas del derecho positivo en el soporte del laudo, para lo cual afirmó que el árbitro no entró a analizar la “*máxima regla contenciosa administrativa que señala que cualquier controversia o contradicción entre el pliego de condiciones [en el presente caso invitación privada] y las cláusulas del contrato, deberá prevalecer la primera sobre esta última*”³⁹.

Puntualizó que si bien se hizo una mención de las normas civiles o comerciales su citación no consistió en una referencia contextualizada, por lo cual el árbitro no cumplió con darle cumplimiento al derecho positivo en el caso concreto.

Indicó que Emdupar S.A. ESP es una entidad pública y que, por ello, el marco normativo que objetivamente debía encauzarse para la discusión contractual sometida al Tribunal de Arbitramento era el estatuto de contratación estatal, el cual se “*echa de menos en todo el texto*”.

En segundo lugar, Emdupar S.A. ESP argumentó el fallo en conciencia fundándose en que el laudo arbitral desconoció el acervo probatorio allegado al proceso. Para soportar lo anterior presentó un cuadro en el que relacionó varios asuntos que, en su criterio, fueron resueltos sin apoyo probatorio, a saber: **i)** al decidir sobre el incumplimiento que alegó la contratista el laudo ignoró las pruebas de los comprobantes de egreso de Emdupar S.A. ESP allegados al proceso, los cuales no fueron analizados en el laudo arbitral; **ii)** en cuanto al incumplimiento de la obligación de suministrar los listados “*georreferenciados*”, el laudo pasó por alto el numeral 4.2. del estudio de conveniencia y oportunidad que describió el alcance del contrato, en el cual solo se refirió a la entrega de listados “*referenciados*” de los usuarios del servicio; **iii)** respecto del ítem de la gestión comercial, Emdupar S.A. E.S.P. afirmó que no existió prueba que controvirtiera su cumplimiento⁴⁰; **iv)** en cuanto a la obligación de realizar el comité de seguimiento, la recurrente indicó que el árbitro no valoró cinco actas de ese comité que se aportaron al

³⁸ Folio 958, cuaderno principal recurso de anulación

³⁹ La subraya es del texto del recurso, folio 959, cuaderno principal recurso de anulación.

⁴⁰ Folios 964, cuaderno principal recurso de anulación.

momento de contestar la demanda; v) en relación con la obligación de transferir el recaudo del servicio, deducido el 3% pactado, la recurrente indicó que su cumplimiento se reflejó “en cada uno de los pagos que acreditó como realizados al contratista”⁴¹.

Finalmente, afirmó que se evidenciaba el fallo en conciencia, por cuanto el laudo se apartó del valor probatorio del testimonio de la supervisora del contrato y de los informes del gerente de Empupar S.A. ESP.

Concluyó que el árbitro modificó las condiciones del contrato y desconoció las pruebas, dando lugar a un laudo en conciencia, el cual debe ser anulado.

5.2. El Ministerio Público afirmó la configuración del fallo en conciencia, toda vez que el Tribunal de Arbitramento no tuvo en cuenta el contenido del pliego de condiciones, apartándose del precedente jurisprudencial sobre “*la naturaleza del pliego de condiciones y su primacía sobre el contrato estatal*”.

Invocó para ello la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación proferida el 21 de septiembre de 2017⁴², en la cual se reafirmó que el pliego de condiciones es una ley para las partes, de conformidad con la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 28 de abril de 2005⁴³ y la sentencia de 24 de julio de 2013⁴⁴ dictada por la Subsección C de la Sección Tercera de esta misma Corporación.

Explicó que el laudo arbitral impugnado en el presente recurso de anulación se atuvo al contenido literal del contrato y al sentido común, en orden a establecer el alcance del término del listado de usuarios “*georreferenciado*” y, por otra parte, no tuvo en cuenta que en el ítem 4.2. del estudio de conveniencia, que hizo parte del pliego de condiciones⁴⁵, se indicó que Empupar S.A. ESP suministraría los “*listados*

⁴¹ Folio 964, cuaderno principal recurso de anulación.

⁴² Citó el expediente 37.479, CP Ramiro Pazos Guerrero.

⁴³ Citó el expediente 12.025, CP Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁴ Citó el expediente 25.642, CP Enrique Gil Botero.

⁴⁵ Se refirió al punto 4 del documento contentivo del “*ESTUDIO DE CONVENIENCIA*”, en el cual constan las “*condiciones del contrato a celebrar*”, punto 4.2. titulado “*Alcance del Objeto*”, en el cual se lee: “*El suministro e instalación masiva de los equipos de medición para el servicio de acueducto a los usuarios de la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. ESP será de VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA EQUIPOS DE MEDICIÓN (22.690); este se debe realizar de la forma que la empresa no asuma con sus recursos propios (...) se hace necesario la suscripción de un convenio para que una persona natural y/o jurídica y/o unión temporal y/o consorcio, suministre, instale y financie los equipos de medición a los usuarios que lo soliciten, necesiten o quieran normalizar su deuda por la no medición y en todo caso, para todos aquellos usuarios que luego de haber transcurrido más de seis (6) meses conectados a las redes de la empresa aún*

referenciados” de los usuarios y/o suscriptores, lo cual se correspondía con la información referida en el ítem de presupuesto, dentro de la cual se mencionó que “la empresa contratante solo aportará un listado considerable de los 22.690 usuarios, a su vez realizará la facturación de los conceptos correspondientes y recaudo del mismo”.

El Ministerio Público indicó (se transcribe de forma literal):

“Es decir, tanto el estudio de conveniencia y oportunidad como en los términos de referencia (para el caso es el equivalente al pliego de condiciones), se incluyó como actividad a cargo de EMDUPAR S.A. E.S.P. la entrega de un listado de usuarios para la instalación de los equipos, pese a ello en el contrato, por una razón que se desconoce – quizá por error– se habló de listados georreferenciados⁴⁶, conceptos que distan ampliamente el uno del otro”.

Resaltó que, según la jurisprudencia decantada de esta Corporación, en caso de contradicción entre el pliego de condiciones y el contrato *“prevalecerá aquel sobre este último”⁴⁷.*

5.3. Contestación de la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 sobre el fallo en conciencia

La convocante se opuso a la causal de fallo en conciencia con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado de conformidad con la cual *“la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia”⁴⁸* y advirtió que en el recurso extraordinario de anulación no es viable revisar la argumentación jurídica que realizó el Tribunal de Arbitramento.

Expuso que el laudo se fundó en la Ley 142 de 1994, que contiene el régimen de contratación de las empresas de servicios público domiciliarios, la cual se aplicó al contrato de colaboración empresarial No 074. Indicó que ese razonamiento fue acertado y que en momento alguno puede enmarcarse como constitutivo de un error *in procedendo*.

no se le haya instalado el equipo de medición así mismo a los usuarios que se les normalice la deuda por micromedición, al igual que aquellos que lo soliciten con el fin de mejorar los niveles de micromedición en la ciudad de Valledupar”. (Estudio de Conveniencia, folios 43 y 44, cuaderno 1).

⁴⁶ Nota original del texto: *“La expresión ‘términos de referencia’ fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2.007”.*

⁴⁷ Citó en extenso la sentencia de 29 de enero de 2004, exp 10.779. C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁴⁸ Presentó la siguiente cita: *“Sección Tercera. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp.22.191”.*

Afirmó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo los errores *in procedendo* podrían llevar a la anulación del laudo arbitral, en contraposición a los errores *in iudicando*, los cuales, de haberse cometido en el razonamiento del Tribunal de Arbitramento, no constituyen causal para imputar el fallo en conciencia en el recurso extraordinario de anulación.

Argumentó que los listados georreferenciados estaban previstos en el contrato y que la entrega de listados simples mencionada en los términos de referencia no podía ser asimilada para efectos del cumplimiento del cometido del contrato.

Advirtió que los recurrentes pretenden que el Consejo de Estado nuevamente valore el material probatorio, lo cual no es procedente a través del recurso extraordinario de anulación.

5.4. Consideraciones de la Sala en torno de la causal de fallo en conciencia

5.4.1. No se configuran los presupuestos del fallo en conciencia cuando se pretende modificar la valoración de la ley aplicable o de las pruebas practicadas en el proceso

La Sala pone de presente las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional, expuestas en la sentencia SU 173 de 2015, en la cual delimitó el alcance del recurso de anulación y la causal de fallo en conciencia (se transcribe de forma literal):

“El recurso extraordinario de anulación no es otra cosa que un mecanismo restrictivo, extraordinario y excepcional, que se limita a cuestionar asuntos de forma - errores in procedendo-, que comprometen la ritualidad de la actuación procesal, esto es la forma de los actos, su estructura externa, su modo ordinario de realizarse, los cuales se presentan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.

“(…).

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

En el conocimiento de la acción de tutela que motivó la anterior jurisprudencia de unificación, la Corte Constitucional anuló una sentencia del Consejo de Estado que había declarado fundado el recurso de anulación contra un laudo arbitral, por la no apreciación de las reglas legales aplicables al contrato y de las pruebas sobre el valor de las utilidades del contratista.

El asunto *sub lite* en ese caso se asemeja al que ahora se conoce, en cuanto que en el presente proceso las recurrentes se apoyan en que no se aplicó la ley pertinente al contrato de colaboración empresarial y se dejaron de valorar las pruebas sobre el cumplimiento del mismo.

La *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Constitucional se fundó en que el Consejo de Estado en conocimiento del recurso de anulación no puede realizar un juicio basado en los errores “*in iudicando*”, por cuanto obraría como juez de segunda instancia, lo cual se opone a la naturaleza del trámite arbitral como proceso de única instancia y a la condición exceptiva y taxativa de las causales del recurso de anulación previstas en la ley. Lo anterior se puede observar en el siguiente razonamiento (se transcribe de forma literal):

“En este punto, se destacó que la competencia del Juez Contencioso en materia de anulación, se contrae a revisar los errores in procedendo, pues, salvo excepciones legales, no hace parte de la órbita de competencia del Juzgador el conocimiento del errores in iudicando, siendo estos más propios de una segunda instancia y el recurso de anulación no tiene tal condición. // (...) el fallo atacado, contiene una censura a la interpretación de las reglas del contrato de concesión y, a la valoración de las pruebas que en su momento hicieran los árbitros del contrato de concesión celebrado (...). Para la Corte Constitucional, dicha forma de proveer evidencia un juicio por errores in iudicando, con lo cual el Juez de anulación se transformó en un Juez de Segunda Instancia, excediendo con ello las competencias propias de la anulación adjudicándose otras que para el caso no le están atribuidas por la Ley. Del mismo modo, al fungir materialmente como segunda instancia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un defecto procedimental, pues, surtió un trámite que no le está autorizado por el ordenamiento jurídico en asuntos como el revisado”⁴⁹.

Siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional, debe advertirse que la causal de fallo en conciencia no se puede estructurar rebatiendo el análisis de la ley ni de las pruebas que haya apreciado el Tribunal de Arbitramento. Lo anterior, toda vez que – se repite- el recurso extraordinario de anulación no constituye una segunda instancia del proceso arbitral y el juez de anulación no puede corregir la apreciación de la ley aplicable ni la valoración de las pruebas realizada en el fallo arbitral.

⁴⁹ Corte Constitucional, SU 173 de 2015.

No sobra comentar que con la acotación del alcance impuesto por la sentencia SU 173 de 2015, la configuración del fallo en conciencia ha resultado exótica y solo se ha presentado parcialmente en algunos aspectos muy aislados⁵⁰.

Descendiendo al laudo arbitral en el caso concreto, se observa que el árbitro sí se fundó en un análisis legal y probatorio específicamente aplicado al contrato de colaboración No. 074 y en los documentos allegados como pruebas, tal como pasa a explicarse a continuación.

En el punto 3 de las consideraciones el árbitro expuso el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Partió del análisis del artículo 50 de la Ley 489 de 1998 y de la ley 142 de 1994, con fundamento en lo cual advirtió que el régimen legal de dichas empresas era de orden mixto y que solo en los casos que la Ley 142 de 1994 lo disponía, el régimen de contratación podía ser el de Ley 80 de 1993.

En el punto 4 de las consideraciones del laudo, el árbitro se detuvo en el análisis del régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos y en el punto 5 estudió el contenido del contrato de colaboración empresarial No. 074, sus antecedentes y la naturaleza del contrato, a partir de lo cual concluyó que por regla general las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidas en sus actos y contratos al derecho privado.

Por lo expuesto, no resultó descontextualizado ni apartado de la ley el análisis del caso en estudio que se realizó en el punto 7 del laudo arbitral, en el cual se estudiaron los artículos 1602 , 1603 y 1546 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio, concluyendo con el planteamiento del problema jurídico, que consistió, según el laudo arbitral, en determinar si la no entrega de los listados y el retraso en el pago de las cuentas de cobro tenía la virtualidad de generar un incumplimiento susceptible de ser indemnizado⁵¹.

Lo afirmado en los recursos de anulación tampoco resulta ajustado al contenido del laudo, dado que el árbitro no omitió la apreciación de los documentos contentivos del estudio de conveniencia y oportunidad No 11503092015 de septiembre 3 de 2015 ni los

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de noviembre de 2017, radicación número: 11001-03-26-000-2017-00032-00 (58875) A, actor: Consorcio Paipa y otro, demandando: municipio de Ataco, referencia: recurso de anulación de laudo arbitral (costas no razonadas).

⁵¹ Folio 923, cuaderno principal, recurso de anulación.

términos de referencia, los cuales aparecen citados de manera concreta en el análisis del incumplimiento⁵², aunque tales documentos se evaluaron en conjunto con las afirmaciones que realizaron las partes en la demanda y en su contestación en relación con el volumen de las órdenes emitidas y ejecutadas, como se observa en el siguiente párrafo (se transcribe de forma literal):

“(...) afirmación de incumplimiento que es reiterada en el escrito de respuesta a la contestación de la demanda y propuesta de excepciones en el cual se afirma que (...) en los listados entregados desde el mes de enero de 2016 hasta el corte del 30 de abril de 2017, que totalizan 4.072 órdenes , de las cuales solo [en] 1.176 ha sido posible realizar instalación de los medidores que corresponden al 19% del total de órdenes emitidas, como consecuencia de no haber entregado información depurada, caso en el cual, de haber cumplido, el porcentaje de instalación se hubiera aproximado al 100%. Por ello sostiene la demandante que tuvo que adelantar gestión directa con los usuarios, logrando como resultado instalar 1.985 medidores por auto gestión, para un total de 3.161 medidores”⁵³.

El árbitro indicó que la parte convocada aceptó, en la contestación de la demanda, su incumplimiento en cuanto a la entrega de los listados que permitieran la instalación del 100% de los medidores y observó que la convocada no probó en contra del cargo endilgado por la convocante, además de que esta última, por su parte, sí documentó las afirmaciones de la demanda.

Se advierte que las recurrentes plantean una supuesta contradicción entre la referencia a los listados de usuarios mencionados en los estudios previos y los listados georreferenciados de los usuarios, referidos en las obligaciones del contrato No. 074. Pero esa supuesta contradicción no es evidente de la simple lectura del laudo arbitral, ni de las conclusiones a las que arribó árbitro⁵⁴, ni tampoco de los documentos invocados por las recurrentes.

Es más, se observa que el árbitro analizó el número de las órdenes frente al referido en el contrato y aunque citó el concepto de georreferenciación no fundó ninguna

⁵² Folio 924, cuaderno principal, recurso de anulación.

⁵³ Folio 925, cuaderno principal, recurso de anulación.

⁵⁴En la sentencia SU-173 de 2015 indicó la Corte Constitucional: *“Adicionalmente, encuentra la Corporación que tampoco quedó satisfecho uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento para permitir la prosperidad del motivo alegado por los solicitantes de la anulación. Si se revisa la disposición, ella indica que la circunstancia del fallo en conciencia debe aparecer **de manifiesto en el laudo**. Para la Sala, esta exigencia no se hace presente en el proveído censurado. Por el contrario, los ingentes esfuerzos en la revisión del acervo probatorio y, el copioso cuestionamiento a la lectura que de la normatividad del contrato hizo el grupo de árbitros, ponen de presente lo poco patente y claro de la condición de “manifiesto” que le atribuyeron los accionantes del recurso y la Sección Tercera al laudo”.*

apreciación del incumplimiento en la diferenciación entre los conceptos de listado referenciado y listado georreferenciado.

Por otra parte, se hace notar que las recurrentes omiten referirse a la propuesta presentada el 6 de noviembre de 2015 por el representante de la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, en la cual se refiere específicamente a los listados georreferenciados y a otras obligaciones de Emdupar S.A. ESP⁵⁵.

También, se debe advertir que la entrega de los listados en la forma pactada no fue la única obligación que el Tribunal de Arbitramento relacionó como incumplida, dado que la decisión arbitral se fundó, además, en que Emdupar S.A. ESP no probó la gestión comercial que debía realizar para que se pudieran instalar los micromedidores y estaba en mora, según requerimiento realizado ante la personería municipal, de transferir a la contratista todos los recursos provenientes de los pagos de los usuarios. Puede citarse, por ejemplo, la siguiente conclusión contenida en el laudo arbitral:

“(...) al cabo de 17 meses de ejecución del contrato debía tener instalados 6.919 medidores, siempre que la entidad contratante hubiera cumplido, por su parte, con las obligaciones a su cargo de: 1) suministrar los listados georreferenciados de los usuarios, 2) pagar o transferir los valores recaudados; 3) realizar la gestión comercial o financiera y, 4) realizar las reuniones de ejecución contractual, las cuales fueron incumplidas por Emdupar S.A. ESP, tal como así ha quedado establecido, por lo que conforme a lo certificado por la interventoría del contrato, a fecha abril de 2017, solo se instalaron 2.885 medidores, arrojando una diferencia de 4.034 medidores frente a los que debían estar instalados a esa fecha, dejados de instalar por culpa imputable a Emdupar S.A.”⁵⁶.

Tampoco resulta exacto afirmar que el árbitro no tuvo en cuenta las actas, el testimonio de la supervisora del contrato o el informe del representante legal de Emdupar S.A. ESP, toda vez que dichas pruebas se relacionan en el laudo, pero se da credibilidad a la declaración del representante legal de Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 en cuanto a que, a partir de 31 de enero de 2017, cuando asumió la representación legal de la contratista, no fue convocado a ninguna reunión del comité de seguimiento⁵⁷, de manera que para el árbitro resultó evidente que Emdupar S.A. ESP no estaba cumpliendo con sus obligaciones.

⁵⁵ Página 10 de la comunicación de noviembre 6 de 2015, folio 108, cuaderno 1.

⁵⁶ Folio 940, cuaderno principal recurso de anulación.

⁵⁷ Folio 930, cuaderno principal recurso de anulación.

Por todo lo anterior, la Sala observa que no se configuró el fallo en conciencia y que no le corresponde entrar a sopesar o corregir el análisis de la ley aplicable al contrato sub júdice, la valoración de las pruebas o la liquidación de los perjuicios realizada por el Tribunal de Arbitramento, dado que, en relación con el laudo arbitral, no le compete actuar como juez de segunda instancia.

Por último, en relación con el fallo en conciencia, es preciso advertir el límite impuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:

“Artículo 42. Trámite del Recurso de Anulación. (...) La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.

5.4.2. No existió la supuesta violación del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado ni la misma era idónea para configurar el fallo en conciencia

Para introducir este análisis es conveniente identificar el concepto del precedente jurisprudencial, el cual se puede tomar de la sentencia SU 068 de 2018 emanada de la Corte Constitucional, aunque en esa providencia se refirió al precedente constitucional, pero, según la misma Corte, el concepto de precedente aplica a la jurisprudencia de los órganos de cierre⁵⁸ (se transcribe de forma literal):

“Esta Corporación ha entendido por precedente judicial ‘aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.

⁵⁸ Sentencia C-588/12. “Precisando el alcance del carácter vinculante del precedente, de la jurisprudencia constitucional se infiere que los funcionarios judiciales cuentan con un margen de “autonomía funcional” -en los términos de la sentencia citada- para, de manera excepcional y justificada, apartarse de dicho precedente. En sentencia 816 de 2011, la Corte expresó: En síntesis: (i) la jurisprudencia, por definición constitucional, es “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial -CP, artículo 230.2-, y de este modo los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley” -CP, artículo 230.1-; (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228”⁵⁸.

La anterior acepción indica que el precedente jurisprudencial constituye una fuente que debe ser mencionada en la sentencia, es decir una regla que es de obligatoria consideración para el juez que resuelve el caso⁵⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso entrar en el análisis de argumento de las recurrentes en cuanto afirman que la ley del contrato incluyó un precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y que el mismo no se aplicó al caso sub júdice.

La Sala se detiene en dos consideraciones equivocadas de esa argumentación: **i)** que existe un precedente jurisprudencial según el cual, en todos los casos de contradicción entre el pliego de condiciones y el contrato prevalece el contenido del primero y **ii)** que el desconocimiento del precedente jurisprudencial *per se* configura un fallo en conciencia.

En este punto debe hacerse notar que el precedente jurisprudencial no se construye por la similitud semántica o la coincidencia de frases -como las que podrían establecerse a través de un motor de búsqueda en una base de datos simple de la jurisprudencia compilada-, toda vez que la identificación del precedente pasa por el juicio de valoración normativa.

Es decir, en el análisis de los precedentes resulta imperativo identificar la *ratio decidendi* que motiva la decisión de la sentencia que se invoca como subregla de derecho; así mismo, es necesario evidenciar que la misma corresponde a una situación fáctica y jurídica similar a la que se pretende resolver.

Por ejemplo, en el precedente que se cita dentro de los recursos de anulación⁶⁰ se dijo (se transcribe de forma literal):

“La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego,

⁵⁹ “En su valor vinculante, o mejor, la obligación de referirse a ellas, es una cuestión de grados. Por eso distingue Aarnio, siguiendo a Peczenik, tres categorías de fuentes: deben (‘must’), deberían (‘should’) y pueden (‘can’) ser mencionadas. De acuerdo con esta graduación, que representa la obligación más o menos fuerte de referirse a distintos argumentos, los precedentes son ‘should’-fuentes, es decir argumentos a los cuales el juez debería referirse en la justificación de sus decisiones judiciales”. Moral Soriano, Leonor. El Precedente Judicial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2002, página 20.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación: 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779), Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Sociedad Construcciones C.F. Ltda, demandado: Fondo Aeronáutico Nacional.

según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar”.

Sin embargo, más adelante, en el mismo párrafo de la sentencia que supuestamente constituyó un precedente vinculante, se explicó que la anterior afirmación se fundó en la intangibilidad del proceso de selección – en ese caso la licitación pública- y que dicha regla general no impide que se introduzcan modificaciones contractuales que no alteren los principios de la licitación y los derechos de las partes, así (se transcribe de forma literal):

*“Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. **En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario**⁶¹ (la negrilla no es del texto).*

Al observar el caso concreto del litigio arbitral que ahora se examina, es fácil advertir que la *ratio decidendi* del supuesto precedente jurisprudencial invocado por las recurrentes llevaría precisamente a la conclusión de que no aplicaba al contrato de colaboración sometido a arbitramento en el *sub lite*, toda vez que la posible modificación o contradicción no era de tal naturaleza que alterara las condiciones bajo las cuales se habría aceptado la invitación a contratar.

La cláusula de obligaciones contractuales que - según la argumentación de las recurrentes- debió ser inaplicable por el árbitro, no cambió las reglas de acceso a la contratación ni los derechos de las partes y, bueno es observarlo, fue la propia entidad pública que elaboró el contrato la que especificó, en la cláusula de obligaciones, que entregaría los listados de usuarios con la información georreferenciada, la cual, a su vez, había sido reseñada por la contratista al manifestar su intención de contratar; además, finalmente, el contrato se celebró de mutuo acuerdo entre las partes, con el contenido de la cláusula de obligaciones que ahora se indica por las recurrentes como no aplicable por parte del Tribunal de Arbitramento.

⁶¹ *Ibidem*.

Por tanto, siguiendo el razonamiento de la sentencia invocada como precedente, la situación fáctica del caso en cuestión se correspondía con los eventos en que era viable la supuesta modificación no esencial sobre lo inicialmente previsto y, por ello, primaba el texto del contrato.

El anterior análisis constituye una muestra de que el precedente no puede ser construido con base en un análisis de coincidencia semántica aislada, sino que debe integrar a la regla expuesta el juicio de valoración razonada⁶².

Podrían existir muchas otras diferencias fácticas y jurídicas que hacían impertinente acudir a la consideración del supuesto precedente en el laudo arbitral en el presente caso, como por ejemplo, que el contrato no estaba precedido por una licitación pública, dado que se adjudicó a través de una invitación privada regida por el derecho comercial y civil y, por otra parte, que en el caso sub lite los supuestos cambios no variaban el contenido económico del contrato⁶³, toda vez que no alteraban las cláusulas de valor y la forma de pago que fueron previstas en el pliego de condiciones.

Por último, pero no menos importante en el razonamiento sobre el precedente jurisprudencial, debe tenerse en cuenta que en el sistema del derecho administrativo colombiano el precedente del Consejo de Estado como órgano de cierre es de obligatoriedad relativa, puesto que los jueces deben considerarlo pero pueden apartarse del mismo si razonan adecuadamente sobre las diferencias fácticas y jurídicas con el caso concreto⁶⁴:

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-634/11. *“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. (...) Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”.*

⁶³ Ajuste del anticipo.

⁶⁴ Sentencia C-588/12. *“(…) (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228”.*

Así, por ejemplo, lo ha manifestado esta Subsección, al aceptar que el apartamiento razonado del precedente excluye la posibilidad de configurar el fallo en conciencia⁶⁵.

Por último, en relación con el fallo en conciencia, también en relación con el precedente jurisprudencial, es preciso advertir el límite impuesto por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012⁶⁶.

Como consecuencia, no procede la causal de fallo en conciencia fundada en el apartamiento del supuesto precedente jurisprudencial.

6. Causal 9. Fallo más allá de lo pedido (*ultra petita*)

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 29 de octubre de 2018, radicación: 11001032600020170005900 (59166), actor: Constructora Bogotá Fase III S.A. –Confase S.A., demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. –Transmilenio S.A., referencia: recurso extraordinario de anulación.

“Así, aunque está debidamente acreditado que el tribunal de arbitramento se apartó de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues así lo dijo de manera expresa en el laudo, es necesario advertir que en la legislación aplicable al recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales no se encuentra norma alguna que señale efectos o consecuencias jurídicas similares a las enunciadas frente a eventos en los cuales el tribunal de arbitramento, al proferir el laudo correspondiente, llegue a apartarse de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado al pronunciarse sobre los distintos asuntos de su competencia y menos aún tal circunstancia ha sido legalmente prevista como causal de anulación del respectivo laudo. Esta misma razón da lugar a precisar que dicha situación no guarda correspondencia con la causal invocada, ni con los supuestos que esta Corporación ha identificado como constitutivos de ella” [Ese caso estaba referido al supuesto precedente de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado que sostuvo en la sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21429,: *“la omisión o silencio en torno a (...) hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”]. No sobra advertir que dicha jurisprudencia de la Subsección B hoy está atemperada por la Subsección A, en cuanto a su aplicación solo en el evento de las conductas positivas que indican el conocimiento sobre las condiciones económicas del contrato que se negocian con posterioridad, con fuerza vinculante entre las partes. **1.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – Infi-Manizales, acción: contractual. **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 19 de abril de 2018, RADICACIÓN: 13001233300020130004801 (54590), actor: Clam Ingenieros Ltda, demandado: Fondo Rotatorio de la Policía- Ministerio de Defensa – La Nación, medio de control: controversias contractuales (Ley 1437 de 2011- C.P.A.C.A.).*

⁶⁶ *“Artículo 42. Trámite del Recurso de Anulación. (...) La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.*

6.1. Argumentos sobre el fallo *ultra petita*, invocado como constitutivo de la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

Emdupar S.A. ESP resaltó que para la configuración de esta causal tan solo basta hacer una verificación formal y objetiva entre lo resuelto en el laudo y lo solicitado en las pretensiones y las excepciones de la demanda, es decir, que la causal 9 se evidencia por la comparación entre el “*decisum*” y el “*petitum*” de la demanda, aunque, también, puede incorporar el cotejo de las decisiones que se deprendan de la resolución de las excepciones ventiladas en el proceso.

Presentó un cuadro comparativo entre las pretensiones y lo resuelto en el laudo, como consecuencia del cual reseñó que en parte alguna se pretendió la declaración de continuidad en la ejecución del Contrato No. 074 ni la condena correspondiente, no obstante lo cual, en el punto tercero de la parte resolutive se decidió sobre ello.

La recurrente agregó que, al denegar la solicitud de aclaración, el árbitro indicó que con el fin de evitar decisiones inhibitorias logró desentrañar “*que el demandante optó por impetrar acción indemnizatoria por el incumplimiento parcial del contrato*”⁶⁷, lo cual corrobora que el laudo arbitral en el punto tercero de la parte resolutive incurrió en la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al declarar la continuidad del citado contrato, pese a que, según la propia explicación del árbitro solo podría haberse pronunciado sobre el incumplimiento probado y la reparación de los perjuicios correspondientes.

6.2. Contestación a la causal novena

La convocada contestó que: “*E[es] claro que mi representada en ningún momento pidió expresamente en su demanda la resolución o terminación del contrato de colaboración empresarial*” y concluyó que, por ello, no era viable una declaración de resolución del contrato en el laudo arbitral, como – en realidad – pretendía la recurrente.

Estimó que para el juez del contrato no cabía cosa distinta que “*ordenar el cumplimiento del contrato*”, lo cual, en su criterio, era una forma de garantizar la continuidad del servicio público en que estaba comprometido.

Afirmó que el juzgador debía tener en cuenta que, frente a la inexistencia de pretensiones sobre terminación o resolución del contrato, “*lo que conviene a las partes es la ejecución o cumplimiento del contrato la cual fue estudiada y resuelta objetivamente por el Tribunal de Arbitramento*”⁶⁸.

6.3. Consideraciones de la Sala

⁶⁷ Folio 973, cuaderno principal recurso de anulación.

⁶⁸ Folio 1084, cuaderno principal segunda instancia.

La causal de anulación referida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone:

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

Al observar el contenido de la causal 9, se precisa que se refiere a los eventos del fallo *extra petita* (el que resuelve sobre un asunto no sujeto a la decisión de los árbitros), *ultra petita* (el que resuelve más de lo pedido) y *citra petita* (el que deja de resolver una cuestión sometida al arbitramento).

La referida causal se corresponde con la regla de la congruencia expuesta en el artículo 281 del C.G.P., según la cual:

“Artículo 281 C.G.P. Congruencias. (...) No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

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

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

Descendiendo al contenido concreto del laudo arbitral de 22 de diciembre de 2017, se encuentra que en el acápite 7, correspondiente al análisis del caso en estudio, el árbitro expuso que el incumplimiento contractual no existe como un concepto autónomo, pero que están reguladas sus consecuencias, las cuales se refieren a la indemnización de perjuicios. Observó la diferencia entre la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, aunque admitió que los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio hacen referencia a ambos conceptos.

Indicó que *“la existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor no es una condición de resolución”.*

El árbitro concluyó que, pese a las *“vicisitudes de la demanda”*, la convocante acudió a una acción indemnizatoria y que, por ello, no había lugar a declarar la resolución del contrato en el caso *sub júdice*, aunque advirtió que el incumplimiento parcial estaba acreditado en el proceso.

Expuso que las pretensiones indemnizatorias procedían en cuanto existió prueba suficiente de la constitución en mora de Emdupar S.A. ESP, al punto de que fue requerida para el cumplimiento de sus obligaciones ante la Personería Municipal de Valledupar.

Con fundamento en el dictamen pericial y en sus estimaciones sobre el número de medidores que se habían dejado de instalar, el laudo liquidó las condenas sobre el valor de 4.034 medidores.

Visto lo anterior, en orden a resolver si el laudo arbitral configuró un fallo *ultra petita*, es decir si resolvió más allá de lo pedido, se muestra a continuación la comparación formal entre las pretensiones de la demanda y las resoluciones del laudo arbitral.

6.3.1. Pretensiones declarativas y decisiones contenidas en la parte resolutive del laudo arbitral (se transcribe de forma literal):

PRETENSIONES	RESOLUTIVAS
<p>“PRIMERA: Que se declare que la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P., incumplió en su forma, plazo, forma de pago y en especial las obligaciones contenidas en la cláusula décima⁶⁹ del CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL NÚMERO 074 del 12 de noviembre de 2015 cuyo objeto es ‘el suministro e instalación masiva de equipos de medición de acueducto, a los usuarios de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A.’ y cuyo alcance cumplió estrictamente e invirtió el contratista” (la negrilla no es del texto).</p>	<p>“PRIMERO: Declarar que la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P. incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, cuyo objeto fue el ‘SUMINISTRO E INSTALACIÓN MASIVA DE MICROMEDIDORES A LOS USUARIOS DE LA EMPRESA DE SERVIDORES PÚBLICOS DE VALLEDUPAR EMDUPAR’, conforme a las consideraciones que han quedado expuestas” (la negrilla no es del texto) .</p>
<p>“SEGUNDA: Que se declare que la Empresa de servicios públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P, incumplió el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL NÚMERO 074 del 12 de Noviembre de 2015, por no resolver las peticiones presentadas por el contratista en los términos consagrados en la Ley”.</p>	<p>Se resolvió con la declarativa del punto primero anterior.</p>
<p>“TERCERA: Que se declare que la empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P. vulneró el principio constitucional de la buena fe y la confianza legítima” (la negrilla no es del texto).</p>	<p>“SEGUNDO: Declarar que la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. ESP, vulneró los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima durante la ejecución del Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015 al incurrir en los incumplimientos</p>

⁶⁹ Nota fuera del texto. **“CLÁUSULA DÉCIMA: OBLIGACIONES A) DE EMDUPAR:** (...) 3. Pagar al CONTRATISTA conforme la cláusula cuarta del presente documento. 4. Suministrar los listados geo referenciados de los usuarios y/o suscriptores nuevos y los que luego de seis (6) meses de haber sido conectados a las redes de la empresa aún no cuenten con equipos de medición al igual que los usuarios que requieran normalizar sus cuentas” folio 116, cuaderno 1.

	<p><i>declarados”(la negrilla no es del texto) .</i></p> <p>.</p>
<p><i>“CUARTA: Que se declare que la empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P. vulneró los principios constitucionales de la función administrativa al alterar las expectativas y condiciones y términos de la Invitación Pública en la etapa precontractual, los estudios previos y todas y cada una de las cláusulas y actuaciones administrativas posteriores de y al contrato número 074 de 12 de noviembre de 2015; en especial los compromisos económicos y de planeación asumidos por parte de la Empresa de Servicios Públicos que generaron expectativa y ocasionaron perjuicios a la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015 distinguida son el NIT 900908102-6 por la afectación que significa en su patrimonio para garantizar su estabilidad económica y cumplir con sus obligaciones fiscales, laborales y contractuales.</i></p>	<p><i>“SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.</i></p>
<p><i>“QUINTA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior se declare la ineficacia de la Cláusula Cuarta⁷⁰, los numerales 3 y 9 de la Cláusula Décima⁷¹ del Contrato de colaboración empresarial número 074 de 12 de noviembre de 2015 “FORMA DE PAGO” por ser el resultado de la vulneración de los principios constitucionales de la función administrativa, la buena fe y la confianza legítima”.</i></p>	<p><i>“SÉPTIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.</i></p>

⁷⁰ Nota fuera del texto: “**CLÁUSULA CUARTA. FORMA DE PAGO.** La empresa EMDUPAR S.A. ESP obtendrá como dividendos el 3% sobre la totalidad de las actividades facturadas a cada USUARIO. EMDUPAR S.A. E.S.P. trasladará al Contratista y/o colaborador los valores recaudados de los usuarios del mes inmediatamente anterior en un término no superior a treinta y cinco (35) días calendarios contados a partir de la radicación del informe de actividades (...)” folio 115 cuaderno 1.

⁷¹ Nota fuera de texto: “**CLÁUSULA DÉCIMA: OBLIGACIONES A) DE EMDUPAR:** (...) 3. Pagar al CONTRATISTA conforme la cláusula cuarta del presente documento. (...) 9. Transferir oportunamente al contratista los valores recaudados de los usuarios a medida que éstos vayan cancelando, precio descuento del tres por ciento (3%) correspondiente a la Entidad conforme a lo estipulado en la forma de pago” folio 117, cuaderno 1.

En la citada comparación se encuentra la congruencia entre las pretensiones y lo decidido en el laudo arbitral, en los puntos primero, segundo y séptimo de la parte resolutive. Más adelante se analizará el punto tercero, materia de la causal impetrada en este caso.

6.3.2. En relación con las pretensiones de condena y las decisiones contenidas en los puntos cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive del laudo arbitral se advierte la siguiente congruencia (se transcribe de forma literal):

<p><i>“PRIMERA: Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se condene a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P. a pagar; debido al incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula décima⁷² del contrato de prestación de servicios 074 y para los efectos previstos en el artículo 27 del Decreto 2279 de 1989 y la aplicación del reglamento interno de la Cámara de Comercio de Valledupar: la suma de Cinco Mil Millones de pesos moneda corriente (\$5.000’000.000), <u>más las expectativas de ganancia que tenían las Empresas Nuevo Quinquenio, NIT No. 900.374.003 y MACROPROYECTOS DEL CESAR SAS antes denominada TELESERVICIOS DEL CESAR SAS NIT 824.003.159-5 que conformaron la Unión Temporal denominada “UNIÓN TEMPORAL DE MEDIDORES DEL CESAR 2015, al aceptar la invitación y suscribir el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL NÚMERO 074 del 12 de noviembre de 2015, cuyo objeto es el ‘suministro e instalación masiva de equipos de medición del acueducto, a los usuarios de la empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A.’ y cuyo alcance condiciona al contratista el cual deberá contar con la capacidad jurídica, financiera y organizacional para el suministro e instalación de veinticuatro mil cuatrocientos diecinueve equipos de medición con las siguientes características: Kit Box5 Accesorios: (...) incluyen la prueba de presión hidrostática’; más los</u></i></p>	<p><i>CUARTO: Condenar, como consecuencia de las declaraciones que anteceden, a la Empresa de Servicio Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. ESP, a pagar a la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, NIT 900.908.102-6, representada por FRANCISCO ANTONIO FORERO DUCUARA, la cantidad de \$2.368’992.440,00 por concepto de indemnización del daño material causado al contratista colaborador, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, derivados de los incumplimientos contractuales señalados, conforme a las consideraciones que anteceden”” (la negrilla no es del texto) .</i></p>
---	--

⁷² Nota fuera de texto: **“CLÁUSULA DÉCIMA: OBLIGACIONES”**.

<p>perjuicios ocasionados por la afectación que significa en su patrimonio; para garantizar su estabilidad económica y cumplir con sus obligaciones fiscales, administrativas y laborales, derivadas del incumplimiento contractual por parte de la Empresa de Servicios Públicos EMDUPAR S.A. E.S.P.” (la negrilla no es del texto) .</p>	
<p>“SEGUNDA: Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se condene a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. EMDUPAR S.A. E.S.P. al pago de los intereses moratorios a la tasa del interés bancario corriente vigente certificado por la superintendencia financiera calculados desde el día 14 de noviembre de 2015, según las consideraciones que expondré más adelante. ” (la negrilla no es del texto).</p>	<p>La pretensión fue negada de acuerdo con la decisión contenida en el punto séptimo de la parte resolutive.</p> <p>Por otra parte, en materia de intereses solo se reconocieron sobre la condena, así:</p> <p>“SEXTO: Ordenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A. E.S.P. que dé cumplimiento a las condenas impuestas conforme a lo establecido en el artículo 305 y concordantes del CGP y el artículo 192, siguientes y concordantes del CPACA, advirtiendo que las cantidades líquidas de dinero de que trata este Laudo, devengarán intereses moratorios según lo dispuesto en dicha normatividad” (la negrilla no es del texto) .</p>
<p>“TERCERA. Que se condene a la convocada a pagar el daño antijurídico, las costas del proceso y las agencias en derecho respectivas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso”. ” (la negrilla no es del texto) .</p>	<p>“QUINTO: Condenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A.ESP, a pagar a la UNIÓN TEMPORAL MEDIDORES DEL CESAR 2015, NIT 900.908.102-6, representada por FRANCISCO ANTONIO FORERO DUCUARA, el valor de las costas del proceso, integradas por los gastos comprobados y las agencias en derecho, cuya liquidación asciende a \$225’938.207,00” ” (la negrilla no es del texto).</p>

En la comparación realizada en los dos cuadros anteriores se encuentra la congruencia entre las pretensiones y lo decidido en el laudo arbitral, en los puntos primero, segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutive.

Sin embargo, en estos cuadros no aparece relacionada la decisión contenida en punto tercero de la parte resolutive, la cual constituye precisamente la causa en que se funda la imputación de fallo *ultra petita*, en tanto no se corresponde con ninguna de las pretensiones transcritas.

Según se ha expuesto, el laudo arbitral consideró la improcedencia de declarar la resolución del contrato, pero no razonó sobre la continuidad de su ejecución, no obstante lo cual incorporó la decisión de ordenar dicha continuidad.

Además, tal como se establece de la lectura del laudo, el Tribunal de Arbitramento ordenó la continuidad en la ejecución del contrato, sin que se hubiera solicitado una declaratoria sobre este aspecto.

6.3.3. Con el fin de ahondar en la anterior conclusión, se detalla que en el ordinal tercero de la parte resolutive del laudo arbitral, cuestionado por constituir una decisión *ultra petita* se dispuso (se transcribe de forma literal):

“TERCERO: Ordenar a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar –EMDUPAR S.A. ESP, que continúe con la ejecución del Contrato de Colaboración Empresarial No. 074 de noviembre 12 de 2015, conforme al Estudio de Conveniencia y Oportunidad No. 11503092015 de septiembre 3 de 2015, los Términos de Referencia, el Manual Interno de Contratación e Interventoría de EMDUPAR S.A. ESP y las normas legales y reglamentarias que les son aplicables” (la negrilla no es del texto).

Ya se ha establecido que esa decisión no se correspondió formalmente con ninguna de las pretensiones; no obstante, se analiza ahora si esa orden puede ser entendida como relacionada con la pretensión quinta, en la cual, según lo reseñado en el cuadro comparativo antes expuesto, la convocante solicitó que se declarara la ineficacia de la cláusula cuarta⁷³ y los numerales 3 y 9 de la cláusula décima⁷⁴ del contrato de colaboración empresarial que disponían la forma de pago y las obligaciones de las partes.

La respuesta es negativa, toda vez que la pretensión quinta fue denegada a través de la decisión contenida en el punto séptimo de la parte resolutive del laudo arbitral que denegó las demás

⁷³ Nota fuera del texto: **“CLÁUSULA CUARTA. FORMA DE PAGO.** La empresa EMDUPAR S.A. ESP obtendrá como dividendos el 3% sobre la totalidad de las actividades facturadas a cada USUARIO. EMDUPAR S.A. E.S.P. trasladará al Contratista y/o colaborador los valores recaudados de los usuarios del mes inmediatamente anterior en un término no superior a treinta y cinco (35) días calendarios contados a partir de la radicación del informe de actividades (...).” folios 115 cuaderno 1.

⁷⁴ Nota fuera de texto: **“CLÁUSULA DÉCIMA: OBLIGACIONES A) DE EMDUPAR:** (...) 3. Pagar al CONTRATISTA conforme la cláusula cuarta del presente documento. (...) 9. Transferir oportunamente al contratista los valores recaudados de los usuarios a medida que éstos vayan cancelando, precio descuento del tres por ciento (3%) correspondiente a la Entidad conforme a lo estipulado en la forma de pago”. Folio 117, cuaderno 1.

pretensiones. En efecto fue así, teniendo en cuenta que el laudo no se pronunció de manera específica sobre todas las pretensiones, sino que declaró el incumplimiento, de manera parcial, y, en relación con las otras pretensiones, acudió a una fórmula general de denegar “las demás” pretensiones.

Por ello, la denegación de la pretensión quinta consistió en que no se accedió a la declaratoria de ineficacia de las cláusulas específicamente atacadas, lo cual no comprendió referencia alguna a otras cláusulas del contrato.

Así las cosas, se encuentra que en la decisión contenida en el punto tercero el fallo fue *ultra petita*, toda vez que se refirió a la ejecución del contrato y no solo a las cláusulas cuestionadas por ineficacia en las pretensiones de la demanda.

6.3.4. Finalmente, es útil advertir que no cabía en el laudo arbitral ordenar la ejecución sobre prestaciones posteriores del contrato, como consecuencia de hechos sobrevinientes⁷⁵, toda vez que no se presentó pretensión en tal sentido y, por el contrario, en los alegatos de conclusión la demandante mencionó que Emdupar S.A. E.S.P. había realizado una nueva adquisición de 50 mil medidores, por lo cual, a su juicio, procedía, entonces, la liquidación del contrato.

Es evidente que la etapa de los alegatos no era la instancia idónea para someter al Tribunal de Arbitramento la liquidación del contrato, pero el contenido reseñado de los alegatos sí da lugar a corroborar que, al ordenar la continuidad del contrato, el árbitro tomó una decisión *ultra petita*, incluso respecto de los hechos modificativos o extintivos de la relación contractual que le fueron manifestados por la parte convocante.

Se transcribe a continuación la parte pertinente de los alegatos de conclusión (se transcribe de forma literal):

“7. Que ante los hechos sobrevinientes en los cuales [la] administración de EMDUPAR, suscribió el pasado mes de octubre con la empresa RADIAN de Medellín, otro contrato para el suministro de 50 mil medidores, con el mismo objeto contractual, se considere la liquidación del CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL NÚMERO 074 del 12 de Noviembre de 2015 cuyo objeto es el suministro e instalación masiva de equipos de medición de acueducto, a los usuarios e 50 mil medidores de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar”.

Se agrega que el Tribunal de Arbitramento, en aras de la supuesta conveniencia, no puede pronunciarse sobre prestaciones posteriores a la sentencia ni imponer la resolución o la continuidad sobre la ejecución del contrato cuando ello no se le ha solicitado en la demanda, dado que, de conformidad con el artículo 116 de la

⁷⁵ Artículo 281 C.G.P. “(...). En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Constitución Política, los árbitros solo tienen jurisdicción ad hoc y no pueden extender sus pronunciamientos más allá de las pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de lo expuesto, se declarará parcialmente fundado el recurso de anulación del laudo arbitral y se dispondrá la nulidad de la parte resolutive contenida en el punto tercero del laudo arbitral.

No hay lugar a disponer el reembolso de honorarios por parte del árbitro único toda vez que el inciso final del artículo 48 de la Ley 1563 de 2012 establece que tal devolución opera frente a las causales 3 a 5 y 7⁷⁶, pero en este caso prosperó parcialmente por la causal 9 del artículo 41 de la citada ley.

6.4. Sustentación de la causal 9 por parte del Ministerio Público

Por su parte, el Ministerio Público afirmó que se presentó la causal 9, por otra razón diferente a la indicada por Emdupar S.A. ESP.

Sostuvo que no fueron objeto de estudio específico y, por ello, el laudo dejó de resolver sobre las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda, referidas a la no atención de las peticiones y a la vulneración de principios de la buena fe y de la función pública por alteración de las condiciones de la invitación.

Explicó que esas pretensiones no fueron objeto de análisis específico para soportar la decisión contenida en el punto séptimo de la parte resolutive del laudo arbitral en el cual se denegaron *“las demás pretensiones de la demanda”* y, en su criterio, no quedaron contenidas en la citada resolutive de denegación general, las pretensiones sobre las que no hubo pronunciamiento expreso.

Puntualizó que el árbitro dejó de pronunciarse sobre la vulneración de los principios que se sometieron a su juzgamiento, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

“Entonces, de acuerdo con las estructuras que deben respetar las providencias judiciales, se advierte poco ortodoxo declarar la responsabilidad contractual de una persona (natural o jurídica), por la violación a unos principios de rango superior, sin que se haya realizado una motivación de tal determinación”⁷⁷.

6.4.1. En su contestación, la Unión Temporal Medidores del Cesar no se pronunció de manera concreta sobre los anteriores argumentos, pero advirtió que la congruencia del laudo arbitral se evidenciaba por el cotejo entre las pretensiones y las decisiones y que las primeras fueron resueltas en su totalidad de acuerdo con el contenido de la parte resolutive.

⁷⁶ *“Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos”.*

⁷⁷ Folio 1006 cuaderno principal

6.4.2. Consideraciones de la Sala

Las apreciaciones del Ministerio Público no se corresponden con el contenido del laudo arbitral, toda vez que: **i)** según el cuadro comparativo que se ha expuesto en esta providencia, el Tribunal de Arbitramento sí se pronunció sobre la pretensión segunda, dentro de lo resuelto en el ordinal primero y **ii)** en el punto séptimo de la parte resolutive, denegó de manera expresa y clara las demás pretensiones, lo cual excluye la imputación del fallo -supuestamente *citra petita*-en cuanto no dejó de decidir sobre las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda.

Se observa que el Ministerio Público considera que el laudo fue “*poco ortodoxo*” por la forma como el árbitro analizó las pretensiones, de manera general y no una a una.

Esa apreciación echa de menos un análisis individualizado de la razón por la cual se desecharon las pretensiones relacionadas con la declaración de la supuesta vulneración de principios por parte de la entidad contratante.

Dicho cargo corresponde a una estimación sobre el peso de los distintos asuntos sobre los que razonó el Tribunal de Arbitramento y sobre el hecho de que el laudo no se apegó a realizar un análisis separado de cada uno de los principios que decidió no declarar como vulnerados, bien porque no se basó en ello el incumplimiento que evidenció o bien porque que no encontró hechos separados para hacer procedente una declaración de vulneración de cada uno de los principios.

Lo cierto es que el planteamiento del Ministerio Público solo revela una discrepancia con la profundidad de algunas de las motivaciones del laudo arbitral pero no arroja falta de decisión de un asunto sometido al Tribunal de Arbitramento.

Como consecuencia, el cargo presentado por el Ministerio Público no configura la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que no se omitió decisión en relación con las pretensiones citadas.

7. Causal 8. Análisis de las disposiciones supuestamente contradictorias

7.1. Emdupar S.A. ESP indicó que el laudo fue contradictorio por cuanto en la parte resolutive ordenó continuar con la ejecución del contrato en los mismos términos que la convocante rechazó en su demanda.

En el mismo sentido de su argumentación sobre la causal 9, especificó que, sin entrar a analizar el fondo del asunto, en la demanda fueron “*reiterativas las solicitudes de incumplimiento, ineficacia e indemnización, de ello se colige no solo la insatisfacción de la convocante frente al contrato, sino su rechazo a los términos en los que mi representada ha interpretado los términos del contrato*”.

Reiteró que salta a la vista que Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 no formuló la pretensión de que se impusiera el cumplimiento del contrato y que su demanda se orientó a la declaratoria de incumplimiento con reparación de los perjuicios.

Argumentó que el laudo produjo un enriquecimiento sin causa por cuanto ordenó pagar los perjuicios por más de dos mil millones de pesos y, a la vez, le impuso continuar ejecutando el contrato.

La recurrente agregó que del laudo no resulta claro en qué condiciones quedaría el contrato de colaboración No. 074 y cómo o cuándo se terminaría.

Explicó que las consideraciones del laudo arbitral acogieron el incumplimiento y establecieron el pago de los perjuicios, pero en la resolutive tercera se ordenó *“continuar con la ejecución”* lo cual configuró la contradicción de las consideraciones y su incidencia en la parte resolutive del laudo.

6.2. Contestación de la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015

Unión Temporal de Medidores del César 2015 estimó que para el juez del contrato no cabía cosa distinta que *“ordenar el cumplimiento del contrato”*, lo cual, en su criterio, era una forma de garantizar la continuidad del servicio público en que estaba comprometido.

7.3. Consideraciones de la Sala

La causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 dispone:

“8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.”

Los límites de la causal 8 se corresponden con el contenido del artículo 285 del Código General del Proceso, según el cual la sentencia no podrá ser reformada por el Juez que la profirió, pero, excepcionalmente, podrá ser aclarada cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda⁷⁸.

⁷⁸ *“Artículo 285 C.G.P. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella. En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia. La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración”.*

Se agrega que, de acuerdo con lo reseñado en esta providencia, la convocada cumplió con el requisito de procedibilidad referido en la última parte del numeral 8 para poder invocar la causal de anulación por disposiciones contradictorias.

Se observa que la causal 8 se fundó en las mismas razones que la causal 9, la cual se ha encontrado precedente.

Puede advertirse que la decisión de ordenar la continuidad del contrato no fue oscura o confusa, razón por la cual no es pertinente imputarle la ocurrencia de la causal 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, sin perjuicio de que constituyó una decisión no pedida, con lo cual se enmarcó en la causal 9, de conformidad con lo ya expuesto en esta providencia.

8. Violación al debido proceso

8.1. EMDUPAR S.A. ESP incorporó un acápite que tituló *“SOBRE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO”* en el cual expuso un cargo concreto, el cual consistió en lo siguiente:

Afirmó que una vez se corrió el traslado del dictamen pericial, solo su representada se pronunció dentro del término de 10 días y la convocante guardó silencio, pero de manera sorpresiva, se presentó posteriormente un dictamen pericial en el cual el perito incluyó un punto relacionado con la tasación de los perjuicios patrimoniales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante con el cual pretendió sustituir el dictamen que fue objeto del traslado en su oportunidad procesal. Afirmó que el árbitro debió rechazar la adición no solicitada y que, sin embargo, en el momento de proferir el laudo arbitral tuvo en cuenta el dictamen adicionado, con fundamento en el cual soportó la condena a los perjuicios materiales contenidos en la resolutive cuarta.

Por lo anterior, consideró que se violaron de manera grave y ostensible las garantías del debido proceso.

También argumentó que el Tribunal de Arbitramento no debió rechazar el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Público.

8.2. Contestación al cargo de violación al debido proceso

Unión de Medidores del Cesar 2015 afirmó que el cargo referido al dictamen pericial no debía ser estudiado por el Consejo de Estado, dado que la supuesta violación al debido proceso no es una de las causales del recurso de anulación, según la enumeración taxativa del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

No obstante, en cuanto al asunto concreto agregó que las inconformidades con el dictamen fueron debatidas dentro del trámite arbitral y que, en todo caso, dentro de su autonomía para valorar las

pruebas, el árbitro no estaba obligado a seguir el contenido del dictamen, tal como sucedió en el presente proceso, toda vez que el Tribunal de Arbitramento se apartó de *“forma total de la experticia”*⁷⁹.

En relación con la extemporaneidad de los alegatos del Ministerio Público, la convocante observó que el Ministerio Público no asistió a la audiencia de alegaciones y que su escrito se presentó con posterioridad.

8.3. Consideraciones del Ministerio Público

El Ministerio Público en la presentación del recurso de anulación realizó una precisión previa sobre el rechazo de sus alegatos, manifestando que en su momento solicitó el aplazamiento de la audiencia por cuanto los procuradores entraban en vacaciones colectivas, pero su petición fue denegada por el Tribunal de Arbitramento.

Sin embargo, manifestó que no alegaba la nulidad avizorada, en atención a que las inconformidades del Ministerio Público habían sido expuestas en su recurso de anulación.

8.4. Consideraciones de la Sala sobre la supuesta vulneración al debido proceso

8.4.1. El cargo por violación al debido proceso propuesto en relación con el análisis del árbitro sobre el dictamen pericial, sí debe ser estudiado por el Consejo de Estado, toda vez que puede encausarse en este proceso por razón del amparo constitucional al derecho de defensa, el cual, además, se hizo valer ante el Tribunal de Arbitramento en la solicitud de aclaración y fue denegado.

Aunque formalmente se pudiera indicar que el cargo debe ser invocado por la vía de la tutela, teniendo en cuenta que el vicio advertido por las recurrentes podría terminar evidenciando un supuesto fallo en conciencia, la Sala procederá a estudiar el argumento invocado por la recurrente.

Además, se considera viable acceder al análisis correspondiente, toda vez que el respectivo cargo ha sido controvertido por la otra parte y analizado y denegado por el propio Tribunal de Arbitramento, de manera que no corresponde a un supuesto sorpresivo, en tanto hizo parte del debate en la solicitud de aclaración del laudo y en el presente recurso.

Para soportar esta postura se invocan las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2016, en la cual anuló el laudo arbitral, mas no la sentencia que desató el recurso de anulación, por considerar que no le obligaba al juez de anulación el análisis de la excepción de inconstitucionalidad. En esa sentencia la Corte Constitucional mencionó que, si bien no era obligatorio el análisis de la constitucionalidad, el juez de anulación sí podía realizarlo dentro del marco del recurso de anulación, si

⁷⁹ Folio 1035 cuaderno principal segunda instancia-

hubiere quedado de manifiesto en el laudo arbitral y esa circunstancia deja en descubierto un fallo en conciencia⁸⁰.

Como conclusión, el cargo por violación del debido proceso presentado por la convocada puede ser estudiado por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación, en tanto esa circunstancia puede indicar un supuesto fallo en conciencia, debido a que fue sustentado y objeto de contradicción dentro del respectivo recurso de anulación del laudo arbitral y, según la Corte Constitucional, la labor del juez de anulación al verificar el respecto por el artículo 29 de la Constitución Política puede contribuir a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional⁸¹.

8.4.2. Pasando al estudio del asunto concreto, en primer lugar, debe anotarse que la prueba pericial fue decretada de manera oficiosa por el Tribunal de Arbitramento *“para establecer los eventuales daños y perjuicios deprecados por la parte demandante”*, según consta en el Acta No.007 del 16 de agosto de 2017⁸².

El cargo por violación del debido proceso que se sometió al estudio en el recurso de anulación estriba en que el perito habría adicionado el dictamen una vez vencido el plazo para solicitar aclaraciones y por fuera de los asuntos que se sometieron a la aclaración.

Sin embargo, a partir de la lectura del dictamen se puede colegir algo diferente, toda vez que el perito indicó que el objeto del dictamen era *“liquidar los perjuicios causados”* en la controversia contractual, de manera congruente con el alcance de la prueba ordenada por el Tribunal de Arbitramento, y que en ese dictamen inicial sí tuvo en cuenta los conceptos de daño emergente y lucro cesante desde su presentación, según se observa en el mismo⁸³.

En segundo lugar, se agrega que el dictamen fue objeto de solicitud de aclaraciones, en relación con la *“cuantificación de perjuicios”* y que a ello se refirió la respuesta del perito a los requerimientos de la parte convocada⁸⁴.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 556 de 2016. *“19. No es incompatible con la Constitución interpretar la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 en un sentido más amplio, que admita anular laudos arbitrales cuando debiendo ser en derecho se fundan en derecho objetiva y notoriamente inválido, si además esa circunstancia deja al descubierto un fallo en conciencia. Una interpretación en ese sentido contribuiría a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional, sin perjudicar por ese solo hecho la naturaleza excepcional del arbitraje (CP arts 4 y 116). Sin embargo, lo cierto es que esa es una interpretación constitucionalmente posible en abstracto y no obligatoria en concreto de las causales de anulación. De hecho, lo obligatorio en principio es seguir la jurisprudencia contencioso administrativa, que no le da a la causal 6ª de anulación invocada por el Banco ese entendimiento más amplio”*.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Folios 365 a 367, cuaderno 1.

⁸³ Folios 480 a 482, cuaderno 1.

⁸⁴ Acta No. 12 de 11 de octubre de 2017, folios 701 a 707, cuaderno 2.

En tercer lugar, se evidencia que la parte convocada hizo uso de la oportunidad para pronunciarse sobre dichas aclaraciones y sostuvo que la parte convocante solo había pretendido perjuicios en la modalidad de lucro cesante, lo cual no se correspondió con el contenido de la demanda.

En cuarto lugar, según consta en el acta No. 13 del 23 de octubre de 2017, el Tribunal de Arbitramento escuchó el pronunciamiento del perito sobre las aclaraciones y complementaciones, de lo cual se corrió traslado a las partes, las cuales se encontraban presentes en la respectiva audiencia. En dicha audiencia el Tribunal de Arbitramento estimó que se planteaban diferencias sobre conceptos jurídicos, los cuales no podían resolverse a través del dictamen y que se pronunciaría sobre ellas al decidir de fondo la controversia, en el laudo arbitral.

De acuerdo con el contenido del laudo arbitral, puede evidenciarse que el Tribunal de Arbitramento, tal como le es permitido al juez del contrato dentro de las potestades de valoración de las pruebas, se apartó del dictamen, parcialmente, en cuanto al número de medidores en déficit o en incumplimiento de las obligaciones de *“colocación de los medidores”*, que se calculó en el laudo arbitral. En este aspecto, dicho sea de paso, determinó un menor valor a cargo de la convocada, que el que se hubiera aplicado de conformidad con el dictamen⁸⁵.

Por último, teniendo en cuenta la actuación que se ha relacionado, independientemente de que se comparta o no la valoración de la prueba pericial o los supuestos que adoptó el árbitro para liquidar el perjuicio, frente a lo que se alegó en el presente recurso como violación del debido proceso se tiene que concluir que el Tribunal de Arbitramento otorgó en debida forma el derecho a la contradicción sobre la respectiva prueba y que en el presente caso no se evidencia la configuración de un fallo en conciencia .

8.4.3. En relación con la pretendida vulneración del debido proceso, basado en que las alegaciones del Ministerio Público no se pudieron presentar en la audiencia, se tiene en cuenta que estas se incorporaron como asuntos materia del recurso de anulación que se resuelve, tal como lo ha manifestado el delegado de la Procuraduría General de la Nación. Por lo anterior, la Sala entiende que no es necesario estudiar la referida vulneración del debido proceso en ese punto, dado que han sido superadas las inconformidades, de acuerdo con lo que manifestó el supuesto afectado⁸⁶.

En conclusión, en este caso no se encontró vulnerado el derecho al debido proceso en lo que alegó la recurrente y no se descubre un supuesto fallo en conciencia.

9. Costas

⁸⁵ De acuerdo con el dictamen presentado el 13 de octubre de 2017, el valor total liquidado por el perito ascendió a la suma de \$4.722'317.501, folio 720, cuaderno 2.

⁸⁶ En su recurso, el Ministerio Público presentó una *“precisión previa”* en la cual concluyó: *“sin embargo, en esta oportunidad NO se alega la nulidad avizorada, en atención a que las inconformidades que se tienen con la decisión del laudo arbitral, son procedentes alegarlas a través del recurso extraordinario de anulación que se sustentará a continuación”*, folio 991, cuaderno principal recurso de anulación.

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, salvo que éste haya sido presentado por el Ministerio Público.

En este asunto prosperó parcialmente la causal de anulación contenida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que fue propuesta por Emdupar S.A. ESP, por lo cual no hay lugar a la condena en costas.

En relación con el recurso interpuesto por el Ministerio Público, aunque no prosperó, se tiene en cuenta que no procede la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012⁸⁷.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE FUNDADO el recurso extraordinario de anulación presentado por la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. Emdupar S.A. E.S.P. contra el laudo arbitral proferido el 22 de diciembre de 2017 por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 y la citada empresa.

Como consecuencia, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia, se anula el punto tercero de la parte resolutive del laudo arbitral, es decir, la orden de continuar con la ejecución del contrato de colaboración No. 074 de noviembre 12 de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación propuesto por EL Ministerio Público contra el laudo arbitral proferido el 22 de diciembre de 2017 por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre la Unión Temporal Medidores del Cesar 2015 y la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. Emdupar S.A. E.S.P.

TERCERO: LEVANTAR LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN del cumplimiento del laudo arbitral de 22 de diciembre de 2017, sin perjuicio de tener en cuenta que se anuló el punto tercero de la parte resolutive del citado laudo arbitral, de acuerdo con lo dispuesto en esta providencia.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

⁸⁷ “Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”.

QUINTO: En firme la providencia, se ordena devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA