**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Finalidad**

El recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - No es segunda instancia**

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Principio dispositivo**

La competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

**FALLO EN CONCIENCIA O EN EQUIDAD - Contenido**

El fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, tampoco a lo que resulte probado, sino a convencimientos y razones propias, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad.

**PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación**

“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad , o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política. El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”. La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (…). De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal . Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión. Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., primero (1) de junio de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00126-00(57688)**

**Actor: OPERADORES DE SERVICIOS DE LA SIERRA S.A. E.S.P.**

**Demandado: MUNICIPIO CIÉNAGA (MAGDALENA)**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada, municipio Ciénaga, contra el laudo arbitral proferido el 10 de mayo de 2016 por el tribunal conformado para resolver las diferencias suscitadas con ocasión del contrato de concesión de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

***Primero:*** *Declarar el incumplimiento parcial del contrato de concesión de fecha 5 de diciembre de 2000 suscrito entre el Municipio de Ciénaga-Magdalena con la empresa Operadores de la Sierra S.A. E.S.P., para la concesión cuyo objeto consistió en: “la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y sus actividades complementarias en el Municipio de Ciénaga”, consistente en la no entrega del predio y la servidumbre por parte del Municipio, contenida en la cláusula 10 del citado contrato.*

***Segundo:*** *Declarar así mismo el incumplimiento parcial del mencionado contrato, en lo referente a la falta de colaboración por parte del Municipio de Ciénaga para el desarrollo y ejecución del contrato, específicamente por la falta de vigilancia policiva en las redes, a fin de evitar que finqueros y agricultores se conectaran a las redes fraudulentamente; y respecto de obras inconclusas de adecuación de la tubería del acueducto del Municipio, que ocasionó notables pérdida de tiempo y recursos públicos.*

***Tercero:*** *Como**consecuencia de las anteriores declaraciones, se condena al Municipio de Ciénaga del Departamento del Magdalena, al pago de Cinco Mil Seiscientos Sesenta y Un Millones Doscientos Siete Mil Doscientos Diecisiete Pesos M/L ($5.661.207.217,oo) a la sociedad Operadores de la Sierra S.A. E.S.P., por concepto de los gastos e inversiones realizadas al proyecto, entre los años 2001 a 2011, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***Cuarto:*** *Condenase (sic)**al Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena, al pago de Ocho Mil Diez Millones Cuatrocientos Nueve Mil Doscientos Sesenta y Siete Pesos ($8.010.409.267,oo) a la sociedad Operadores de la Sierra S.A. E.S.P., por concepto de intereses moratorios derivados de la falta de pago de los recursos del contrato de concesión atinente a los costos e inversiones, efectuados desde el año 2001 hasta el año 2011, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***Quinto:*** *Condenase (sic) al Municipio de Ciénaga a la pago de las costas y gastos procesales en la cantidad global de Mil Quinientos Setenta y Seis Millones Setecientos Setenta y Un Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete Pesos (1.576.771.447,oo), discriminados así: I. Expensas del proceso Mil Doscientos Veintisiete Millones Noventa y Seis Mil Treinta Pesos ($1.227.096.030,oo); II. Agencias en derecho en un porcentaje del 2.5% del valor total de la condena, por la cantidad de Trescientos Cuarenta y Un Millones Setecientos Noventa Mil Cuatrocientos Doce Pesos ($341.790.412,oo), III. Honorarios de perito y gastos del peritazgo que fueron fijados en Siete Millones Ochocientos Ochenta y Cinco Mil Cinco Pesos ($7.885.005,oo), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***Sexto:*** *Condenase (sic) al Municipio de Ciénaga a hacer entrega a la sociedad Operadores de Servicios S.A. E.S.P. las servidumbres donde se encuentran emplazadas las tuberías de aducción (Bocatoma-Planta de tratamiento) y la tubería correspondiente a la conducción de agua tratada desde la planta de tratamiento hasta la cabecera municipal de Ciénaga, y a tomar las medidas necesarias para evitar la extracción de las tuberías de aducción y conducción de agua, a fin de evitar más detrimento patrimonial del causado a la fecha de esta sentencia.*

***Séptimo:*** *Niégase (sic) las demás súplicas de la demanda.*

***Octavo:*** *Los valores ordenados en el presente laudo a título de condena económica, causarán los intereses legales en el tiempo y las condiciones previstas por la ley en materia de ejecución de sentencias judiciales desde el momento en que quede ejecutoriada esta providencia, hasta cuando se materialice el pago en los términos del artículo 192 del CPACA.*

***Noveno:*** *Se ordena la expedición de copias reglamentarias a la parte convocante con las formalidades que exige la ley para su cobro.*

***Décimo:*** *Se dispone que el expediente de este proceso, se archive en el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena.*

***Undécimo:*** *El presente laudo se notifica en audiencia conforme a lo previsto en el artículo 294 de la Ley 1563 de 2012.*

**I. ANTECEDENTES**

1. **La demanda**
	1. **Pretensiones**

El 26 de mayo de 2015, Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P., a través de apoderado, instauró demanda arbitral en contra del municipio Ciénaga, procurando las siguientes pretensiones:

1. *Que se declare que el municipio de Ciénaga –Magdalena- incumplió parcialmente el Contrato de Concesión “para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo y sus actividades complementarias en el Municipio de Ciénaga” del año 2000, por cuanto i) el ente territorial no entregó las servidumbres y predios donde se encuentran emplazadas las tuberías de aducción (Bocatoma-Planta de Tratamiento hasta la cabecera municipal de Ciénaga; ii) adicionalmente, con la suscripción del convenio de Cooperación y Apoyo Financiero de 2006 y el contrato de obra entre Aguas del Magdalena S. A. E.S.P. y Estructuras Especiales S.A. el municipio incumplió la cláusula 14 del contrato de concesión, toda vez que el ente territorial recibió unos recursos adicionales, los cuales no fueron ejecutados por el concesionario dentro del proyecto de ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo –contrariando las obligaciones contractuales-; y iii) por último, el Municipio de Ciénaga no dispuso en su momento de las medidas policivas o administrativas necesarias para controlar las situaciones de orden público que se venían presentando con los propietarios de los predios donde se encuentran ubicadas las estructuras hidráulicas, pese a que la administración municipal tenía pleno conocimiento de dichos inconvenientes.*
2. *Que se declare que el Contrato de Concesión “para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo y sus actividades complementarias en el Municipio de Ciénaga” del año 2000, sufrió un desequilibrio económico en contra del concesionario, con ocasión a (sic) los distintos incumplimientos contractuales del Municipio de Ciénaga.*
3. *Que se condene al Municipio de Ciénaga a pagar a la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. la suma de ocho mil cuatrocientos siete millones setecientos sesenta y cinco mil ciento cincuenta y un pesos con veinticinco centavos ($8.407.765.151,25), por concepto de gastos e inversiones realizadas al proyecto entre los años 2001 a 2011, por cuenta propia del concesionario –suma de dinero que resulta de restar el valor total de las inversiones y gastos que la sociedad concesionaria invirtió en el proyecto menos el valor total de los ingresos obtenidos por el concesionario-, de conformidad con lo consagrado en el acta de “revisión de costos, gastos e inversiones de la empresa Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. en los años 2001-2011” –suscrita por la firma interventora y el concesionario-, el monto consagrado en la mencionada acta se indexó debidamente a la fecha de la presentación de la presente litis.*
4. *Que se condene al Municipio de Ciénaga, a pagar a la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.a. E.S.P., la suma de nueve mil novecientos millones trescientos cincuenta y cinco mil ochocientos veintinueve pesos con cuarenta y tres centavos ($9.900.355.829,43), por concepto de intereses moratorios, derivados de la falta de pago de los recursos del contrato de concesión atinente a los costos e inversiones efectuados desde el año 2001 hasta el año 2011, de conformidad con lo consagrado en el acta de “revisión de costos, gastos e inversiones de la empresa Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. en los años 2001-2011” –suscrita por la firma interventora y el concesionario-.*
5. *Que se condene al Municipio de Ciénaga, Magdalena, a pagar a la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P., la suma de mil trescientos cincuenta y seis millones ochocientos setenta y nueve mil quinientos diecinueve pesos ($1.356.879.519), por concepto de todos los gastos que genere la presentación y tramitación del proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, los cuales se erigen en el presente trámite como perjuicios materiales, específicamente daño emergente. La suma de dinero antes relacionada se estableció de acuerdo a los parámetros consagrados en el artículo 32 y 34 (sic) del Decreto 1829 de 2013 (…).*
6. *Que se condene al municipio de Ciénaga a entregar a la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P., las servidumbres donde se encuentran emplazadas las tuberías de aducción (Bocatoma-Planta de tratamiento) y la tubería correspondiente a la conducción de agua tratada desde la planta de tratamiento hasta la cabecera municipal de Ciénaga –cumplir su obligación contractual-, o a realizar las acciones necesarias para evitar la extracción de agua –como la construcción del Distrito de Riego, compromiso adquirido con la suscripción del Otrosí No. 8 del contrato de concesión-.*
7. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad convocada.*
8. *El laudo arbitral deberá cumplirse en los términos dispuestos por el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
	1. **Fundamentos**

Para apoyar sus pretensiones la parte convocante puso de presente estas razones:

* + 1. El 5 de diciembre 2000, previas autorización del concejo municipal y licitación pública, las partes suscribieron contrato de concesión para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, por un término de 20 años, posteriormente ampliado a 30 años.
		2. Conforme con lo convenido, el municipio se obligó a i) entregar al concesionario los predios y servidumbres necesarios para la expansión de los sistemas de acueducto, alcantarillado y aseo, con una antelación no inferir a dos meses, desde la fecha en que conforme con el cronograma de ejecución debían iniciarse las obras; ii) ejecutar a través del contrato de concesión suscrito los recursos que aportaran otras entidades para mejorar esos servicios y iii) pagar intereses de mora, a la máxima tasa permitida por la ley, sobre el valor de la obra no ejecutada o atrasada por la no entrega oportuna de los predios y servidumbres. El concesionario, por su parte, se obligó a prestar los servicios públicos objeto de la concesión, a partir del momento *“…en que reciba los activos o la infraestructura existente de los sistemas…”*.
		3. Las partes suscribieron ocho otrosíes, con el objeto de modificar el contrato, entre ellos, i) el n.° 5, del 25 de diciembre de 2003, relativo al incumplimiento de los aportes asumidos por el municipio y el reconocimiento de la indexación e intereses moratorios y ii) el n.° 8 de 2015, originado en el incumplimiento de la obligación de entregar las servidumbres, sus efectos sobre la ejecución y el compromiso de restablecer el equilibrio económico del contrato.
		4. El persistente incumplimiento de las obligaciones por parte del concedente, hasta la presentación de la demanda, imposibilita la ejecución de las obras de expansión del sistema de acueducto, la adecuada operación y control del acceso fraudulento a la red por parte de agricultores que, sin el consentimiento del operador, extraen para el riego de sus cultivos aproximadamente el 75% del agua, afectando la sostenibilidad del abastecimiento de la población urbana, dada la grave pérdida de los volúmenes y presión requeridos para el servicio eficiente.
		5. Aunado a lo anterior, el 9 de junio de 2006, el municipio suscribió convenio de apoyo financiero con el departamento del Magdalena, para el desarrollo del *“Plan de Agua Potable y Alcantarillado 2005-2015”*, en el que comprometió el 50% de los recursos destinados a esos servicios, a través de un contrato en el que se dejaron inconclusas las obras necesarias para el acueducto, desatendiendo la obligación de aportar a la concesión *“…todo recurso adicional… para mejorar la prestación del servicio”*.
		6. El 24 de octubre de 2013, ante las múltiples reclamaciones del concesionario, las partes y el interventor i) verificaron que el incumplimiento de varias obligaciones a cargo del concedente imposibilitó y agravó el cumplimiento de las metas y demás obligaciones del concesionario y ii) acordaron *“realizar un proyecto de reestructuración del contrato de concesión, reformular técnica, económica y jurídicamente las metas y los tiempos bajo las nuevas condiciones de ejecución. Asimismo se pactó una revisión y supervisión de los recursos y obras ejecutadas a través del Plan Departamental de Aguas, con la finalidad de determinar el impacto de las mismas en la concesión”* –fl. 17-. Todo ello, como lo convinieron en el acta suscrita en esa fecha, también incumplida por el concedente.
		7. El 20 de septiembre de 2014, en nueva revisión de los costos, gastos e inversiones adelantada entre el concesionario y la interventoría, se determinó que el incumplimiento de las obligaciones del concedente desequilibró la ecuación económica del contrato, en cuanto la relación entre gastos, inversiones e ingresos por la ejecución entre 2001 y 2011 presenta un déficit de $5.661.210.218 en contra del concesionario, imputable al incumplimiento del concedente.
1. **Intervención pasiva**

Por auto dictado en audiencia del 23 de julio de 2015, se declaró instalado el Tribunal de Arbitramento y, admitida la demanda, le fue trasladada a la convocada en esa misma fecha –fls. 235 a 239 c.p.1-.

El municipio convocado, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás. En su defensa adujo que:

1. los incumplimientos ocurridos entre el inicio de la ejecución y el 29 de diciembre de 2006 son imputables al concesionario, sobre el que recaían las obligaciones de informar *“…cualquier hecho que ponga en riesgo la ejecución del contrato”* y *“…solventar las situaciones que impidan la prestación efectiva del servicio”,* de lo cual solamente dio cuenta al concedente seis años después del inicio de la concesión;
2. la ejecución histórica permite *“inferir una concurrencia entre las partes de lo acaecido”*, que determinaría *“…una disminución de la tasación de la responsabilidad…en contra del municipio”* y
3. la modificación unilateral de lo convenido, en el sentido de disponer la ejecución de los recursos al margen del contrato de concesión, en cuanto ejercicio legítimo de una facultad excepcional, no constituye incumplimiento.

La parte convocada propuso las excepciones de i) contrato no cumplido, en cuanto considera que el concesionario no observó la experticia debida, pues si era cierto que la problemática afectaba los ingresos y la ejecución debió comunicarlo inmediatamente al concesionario, hecho que solo vino a poner en conocimiento a finales de diciembre de 2006, impidiendo que se tomaran *“…las medidas de contingencia oportunas que pudieran haber solucionado tiempo atrás el impase”*; ii) *“incumplimiento de las cláusulas del contrato por indebida tasación de los supuestos incumplimientos”*, fundada en que los valores reclamados no se ajustan al procedimiento convenido para establecer la sanción por la mora en la entrega de los predios y las servidumbres y iii) *“sobreestimación de la cuantía”*, con apoyo en que incluye costos carentes de fundamento.

**II. LAUDO ARBITRAL**

El Tribunal de Arbitramento, el 10 de mayo de 2016, profirió el laudo encomendado –fls. 718 a 793 cdn. C. de E-. Después de dar cuenta de que la relación procesal se constituyó entre las partes legitimadas, debidamente representadas y sobre asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de su voluntad privada, así como del trámite surtido y de las pruebas practicadas, concluyó su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria convenida por las partes, así:

*CLÁUSULA 43. SOLUCIÓN DE CONFLICTO. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia que se suscite entre las partes contratantes y que no pudieren solucionarse a través de métodos directos de solución de controversias, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento. Este será integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. Si esto no fuere posible, el o los árbitros que no pudieren ser designados conjuntamente serán designados por la Cámara de Comercio de Santa Marta. El Tribunal tendrá como sede y funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santa Marta y en su desarrollo se aplicará el procedimiento legal. Las decisiones serán en derecho.*

Seguidamente, el tribunal se ocupó de analizar el contrato *sub judice*, naturaleza, régimen jurídico, obligaciones y deberes a cargo de las partes, para concluir que, con sujeción a las disposiciones de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994, el municipio concedente se obligó a i) entregar los activos e información del sistema de acueducto, alcantarillado y aseo, predios y servidumbres para las obras de expansión, con antelación de dos meses, desde la fecha convenida para el inicio de la ejecución de las obras y ii) restablecer el equilibrio económico del contrato. Mismas que encontró incumplidas por el concedente, en cuanto el municipio no entregó los predios y servidumbres necesarios para la expansión y control del acceso legal a las redes; afectó la ejecución del contrato con la no adecuación oportuna de la tubería de acueducto, contratada con Estructuras Especiales S.A. al margen del contrato de concesión suscrito y se negó injustificadamente a restablecer el equilibrio económico, afectado por *“la falta de control policivo ante las conexiones fraudulentas que los agricultores de la zona han venido interviniendo en la tubería correspondiente a la conducción de agua tratada desde la planta de tratamiento hasta la cabecera municipal de Ciénaga, extrayendo ilegalmente volúmenes de agua, aproximadamente el 70 a 72% del agua tratada para riego de sus cultivos, lo cual ha ocasionado que consecuentemente al casco urbano no lleguen los volúmenes de agua necesarios para abastecer la demanda de dicho líquido… lo que ha impedido que el concesionario cumpla con las metas de red en cuanto a presión…”.*

Asimismo, concluyó que, en cuanto i) el contrato no ha sido liquidado; ii) los elementos probatorios dan cuenta que entre las partes se constató el incumplimiento del concedente, la afectación de la ecuación contractual y iii) los otrosíes suscritos no reflejan la voluntad de renunciar al restablecimiento del equilibrio económico, no es dable entender que el contratista perdió el derecho a demandar con ese objeto ante el Tribunal.

Fundado en esas razones, el tribunal declaró el incumplimiento del municipio Ciénaga y accedió parcialmente a las pretensiones.

**III. RECURSO DE ANULACIÓN**

El 10 de junio de 2016, el municipio convocado, a través de apoderado, interpuso oportunamente el recurso extraordinario de anulación contra el laudo proferido el 10 de mayo anterior –fls. 805 a 824-. Por haberlo propuesto la recurrente, se suspendió la ejecución del laudo hasta que se decida el recurso, como se señaló en auto del 10 de noviembre de 2016 –fl. 874-.

1. **El cargo: fallo en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho (num. 7º, art. 41, Ley 1563 de 2012)**

La parte convocada sostiene que los árbitros dejaron de lado el precedente judicial sentado por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, a cuyo entendimiento la oportunidad para reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato precluye por el hecho de suscribirse modificaciones y prórrogas sin salvedades por reclamaciones previas, como ocurrió con los otrosíes suscritos.

1. **Alegatos finales**

La parte convocante, a través de apoderado, sostiene que el laudo se profirió en derecho, en cuanto los árbitros analizaron el precedente judicial, invocado extemporáneamente contra la buena fe procesal y concluyeron que no aplica al caso concreto, toda vez que los elementos probatorios dan cuenta de las salvedades que la recurrente echa de menos.

El Ministerio Público guardó silencio.

**IV. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el ente convocado, esto es el municipio Ciénaga, contra el laudo proferido el 10 de mayo de 2016 por el Tribunal de arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato de concesión suscrito con Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P.

En efecto, conforme lo preceptúan los artículos 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003 de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera conocer en única instancia del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. Para el caso concreto, entre el municipio Ciénaga y la parte convocante, Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P.

1. **La controversia arbitral**
	1. En virtud del contrato de concesión celebrado, el 5 de diciembre 2000, con Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P., para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, por un término de 30 años, el municipio se obligó a i) entregar al concesionario los predios y servidumbres para la expansión de las redes, dos meses antes de la fecha convenida para el inicio de la ejecución; ii) restablecer el equilibrio económico del contrato y iii) pagar intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley, sobre el valor de la obra no ejecutada o atrasada por la no entrega oportuna de los predios y servidumbres.
	2. Las partes suscribieron ocho otrosíes, con el objeto de modificar el contrato suscrito, entre ellos, i) el n.° 5, del 25 de diciembre de 2003, relativo al incumplimiento de los aportes debidos por el municipio y reconocimiento de la indexación e intereses moratorios y ii) el n.° 8 de 2015, originado en el incumplimiento de la obligación de entregar las servidumbres, sus efectos sobre la ejecución y el compromiso de restablecer el equilibrio económico del contrato.
	3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones del concedente imposibilita la ejecución de las obras de expansión de las redes de acueducto, la adecuada operación y control del acceso por parte de agricultores que, sin el consentimiento del operador, extraen aproximadamente el 75% del agua, poniendo en riesgo la sostenibilidad del abastecimiento de agua potable a los habitantes del municipio.
	4. Aunque en las actas suscritas de común acuerdo entre las partes, reconoció su incumplimiento, el valor de los perjuicios ocasionados y el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio, el municipio persiste en el desconocimiento de lo pactado.
2. **Cuestiones previas**
	1. **Alcance de la decisión**

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de la causal prevista en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, invocada por la parte recurrente.

De conformidad con el ordenamiento, contra los laudos arbitrales procede el recurso de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado ante el Tribunal, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición, por las causales expresamente definidas en la ley.

Para el caso, la Ley 1563 de 2012, derogatoria de los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 relativos a la decisión arbitral de las controversias originadas en los contratos estatales, que *“…regula íntegramente la materia de arbitraje”* (art. 119), señala que la anulación procede en los siguientes casos:

*Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

*1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*

*2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*

*3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*

*4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*

*5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*

*6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*

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

*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 resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

*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.*

*Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

*La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.*

Y, conforme a las disposiciones del artículo 43 *ibídem*, *“…cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo”*; en los demás casos se corregirá o adicionará.

Asimismo, al tenor de las disposiciones del artículo 42 *ejusdem*, *“[l]a 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”.*

Se tiene, entonces, que el recurso de anulación fue concebido para proteger los derechos constitucionales del debido proceso y a la defensa, por razones que atienden a la prevalencia del ordenamiento imperativo y, en especial, a irregularidades en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, violación del principio de la congruencia, errores aritméticos o decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

 *“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas*[[1]](#footnote-1)*.*

Conforme con la jurisprudencia reiterada de la Sala[[2]](#footnote-2), el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento. Sin perjuicio de las decisiones que de oficio corresponden al juez extraordinario para asegurar la prevalencia del orden imperativo, como en lo relativo a la caducidad, a la falta de competencia y a la nulidad absoluta. Lo último, siempre que no hubieren sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

1. **Análisis del cargo**

Sostiene la parte recurrente que los árbitros profirieron el laudo en equidad y conforme con su íntima convicción, en síntesis, porque se apartaron del criterio jurisprudencial de la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, a cuyo entendimiento, no resulta posible reclamar el restablecimiento del equilibrio económico después de que se han suscrito prórrogas o adiciones del contrato sin salvedades sobre las reclamaciones previas, como ocurrió en el caso concreto, dado que el concesionario suscribió ocho otrosíes, sin que en ellos se haya consignado *“…solicitud, salvedad o reclamación clara, expresa y específica respecto a un desequilibrio económico del contrato, presupuesto* sine ecua nom *(sic) para la aplicación contenida en el precedente a fin de que el laudo se adecuara al marco jurídico de referencia al que se debía la solución de la extemporaneidad de la pretensión de la sociedad concesionaria”* –fl. 819-.

Para la parte convocante, el fallo se profirió en derecho, en cuanto se sujetó al precedente invocado extemporáneamente por la convocada, a las pruebas recaudadas y que debidamente valoradas acreditan las salvedades que la recurrente echa de menos.

Como lo ha venido reiterando esta Corporación, el fallo en conciencia se presenta cuando los árbitros no sujetan la decisión al ordenamiento jurídico vigente, tampoco a lo que resulte probado, sino a convencimientos y razones propias, sin perjuicio de que, como esta Sala lo ha sostenido, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios, sino por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2º constitucional, en cuanto no comporta el desconocimiento de la justicia, centrada en la equidad.

Sobre la aplicación del principio de equidad, la Corporación ha reiterado[[3]](#footnote-3):

*“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad*[[4]](#footnote-4)*, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.*

*El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”*[[5]](#footnote-5)*.*

*La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (…).*

*De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal[[6]](#footnote-6). Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión*[[7]](#footnote-7)*.*

*Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales*[[8]](#footnote-8)*. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.*

Para la Sala, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, porque el laudo fue proferido en derecho. En efecto, el juez arbitral i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria; ii) analizó el régimen, naturaleza y alcance del contrato suscrito, incluidas las modificaciones acordadas y las obligaciones invocadas, iv) valoró las pruebas periciales, documentales, testimoniales y vi) concluyó con el análisis de las pretensiones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio.

Asimismo, revisada la decisión en su integridad, la Sala encuentra que, aunque la consideraron extemporánea, los árbitros i) analizaron la defensa planteada por la parte convocada en los alegatos de conclusión, relativa a la preclusión del derecho a demandar el restablecimiento del equilibrio económico, por el hecho de haberse suscrito modificaciones al contrato sin salvedades, con posterioridad a las reclamaciones en ese sentido y ii) encontraron acreditadas, con fundamento en los elementos probatorios allegados al proceso, las inconformidades del contratista que la recurrente echa de menos.

En el recurso se afirma que los árbitros se fundaron en el derecho, empero, alejados del criterio jurisprudencial invocado, en cuanto consideraron que el restablecimiento del equilibrio económico se puede reclamar en la liquidación del contrato, reproche que, antes que al fallo en conciencia, se dirige a cuestionar la decisión de fondo, ajena al control del juez de la anulación. Ello es así, toda vez que en el recurso se sostiene que –se destaca- “…*el laudo… deja de lado, de manera evidente, el marco jurídico de referencia, y por tanto se asimila a un fallo en conciencia por cuanto la causa petendi y la solución fueron producto de lo que los árbitros… apreciaron libremente como buena fe contractual y oportunidad en la reclamación de desequilibrio, alejándose de las pautas que les imponía el ordenamiento de acatar el precedente judicial que para el caso concreto se erigía como la regla de derecho positivo que tenía que observar, por el contrario solo* ***ponderaron las circunstancias de hecho y de derecho de acuerdo a su comprensión personal del debate, obviando los alcances definidos por el ordenamiento respecto a tales puntos de derecho****”..*

Asimismo, observa la Sala que la convicción íntima que se endilga a los árbitros se sostiene en la inconformidad de la parte recurrente con el alcance que en el laudo se dio a la oportunidad para demandar el restablecimiento del equilibrio económico, toda vez que el cargo se edifica sobre el entendimiento del convocado en el sentido que, conforme con el criterio jurisprudencial de la Subsección C de la Sección Tercera, no resulta posible pedir el restablecimiento después que las partes suscriben modificaciones contractuales sin salvar reclamaciones previas y que el razonamiento contrario se sitúa en el ámbito de la conciencia de los árbitros, al margen de la cláusula compromisoria.

Aunado a que esas razones nada dicen del fallo en conciencia que se endilga al laudo, observa la Sala que la decisión que el recurso reprocha, en el sentido de no haber precluido la oportunidad para reclamar el restablecimiento del equilibrio contractual en sede de arbitramento, se sostiene en que los elementos probatorios dan cuenta de las salvedades requeridas por la convocada.

Efectivamente, el laudo permite constatar que los árbitros, aunque cuestionaron el hecho de que en los alegatos de conclusión el municipio invocara la pérdida del derecho del contratista, al margen de la oportunidad procesal y dijeron apartarse del criterio jurisprudencial, fundados en que el restablecimiento puede reclamarse en la liquidación del contrato, concluyeron que lo relevante en el caso concreto tiene que ver con que en los otrosíes suscritos quedaron salvaguardadas las reclamaciones objeto de litigio en sede de arbitramento.

Así se lee en el laudo:

*De esta forma, las reflexiones anteriores cobran especial importancia en este momento, pues este Tribunal, advierte, que las consideraciones esenciales del escrito de alegatos de conclusión descansan sobre argumentos que no fueron esbozados por la parte convocada al momento de contestar la demanda o de proponer excepciones. Y es así, porque basta con leer el contenido de la contestación de la demanda, para corroborar dicha afirmación. De hecho, así también lo puso de presente el apoderado de la parte convocante, una vez concluyó la presentación de alegatos la parte convocada (…). En respuesta… precisó que esas anotaciones no eran constitutivas de una excepción (…).*

*Esta colegiatura no quiere con lo anterior, dar a entender que a las partes les está vedado participar activamente en la defensa de sus intereses y mucho menos, que no pueden traer a colación argumentos que acompañen sus tesis defensivas, sin embargo, sí es un imperativo jurídico ajustar la controversia a los aspectos que fueron insertados en la demanda o en la contestación de la misma, respectivamente. De lo contrario, no habría congruencia e igualdad al interior del proceso judicial. Precisamente, la doctrina procesal arbitral, con atino frente a la etapa de las alegaciones, anota: “(…) Considero que los alegatos son la oportunidad para que los apoderados expongan y destaquen ante el tribunal las razones que sustenten sus peticiones o excepciones, constituyéndose en una etapa importante y auxiliadora para que los árbitros orienten el fallo”.*

*Ahora bien, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte convocada, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en precedencia, así:*

*Y lo que se debe establecer es si la parte convocante perdió o no el derecho a reclamar el desequilibrio económico que sufrió por cuenta de los incumplimientos atribuidos al convocado, pues guardo silencio al momento de acordar el texto del Otrosí No. 8 del 29 de enero de 2015 –que adicionó en 10 (10) años más la duración del contrato de concesión para prestar los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Ciénaga- y no incluyó expresamente la salvedad por el déficit que sufrió en el periodo comprendido desde el año 2001 hasta el año 2011, tal y como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado, que fue expresamente citada por la apoderada de la parte convocada.*

*Es cierto que la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde épocas recientes, viene sosteniendo la improcedencia de reclamos en contra de los contratistas, que por desequilibrios económicos pretendan, sino no (sic) se ponen de presente al momento de suscribir cualquier adición, suspensión, prórroga o modificación del contrato estatal (…).*

*Y el razonamiento del máximo Tribunal, descansa en principios tales como la buena fe y el respeto del acto propio, como bien lo apuntó la apoderada de la parte convocada en su escrito de alegaciones. De esta forma, entonces, si en la ejecución del contrato estatal, se va a suscribir una modificación contractual y resulta que para ese mismo momento ha ocurrido algún evento constitutivo de un desequilibrio económico, quien los sufre, así debe manifestarlo y dejarlo a salvo en el correspondiente documento contractual –otrosíes, adición, modificación suspensión, etc.-, incluyendo la salvedad o constancia respectiva, so pena, a juicio de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de* presumirse *restablecido el citado equilibrio.*

*Esta Colegiatura arbitral, aunque se distancia del criterio judicial citado y defendido por una de las Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues considera que tal reflexiones sólo resultan aplicables sólo al momento de liquidar el contrato estatal, que es cuando realmente sí se deben dejar las constancias y salvedades, también encuentra que, aún bajo dicha tesis, en el caso concreto, no puede predicarse y mucho menos concluirse la improcedencia de la reclamación judicial del desequilibrio económico que padeció la parte convocante, por las siguientes razones:*

*En primer lugar, la parte convocante no asaltó la buena fe del Municipio de Ciénaga, pues milita prueba documental dentro del expediente que da cuenta que desde el año 2006, se puso en conocimiento de la entidad pública las graves situaciones que rodean la ejecución contractual y el impacto económico adverso que padecía el operador de los servicios de acueducto y alcantarillado por cuenta de los incumplimientos del ente territorial –acta de inspección del 26 de octubre de 2006-. También, obra prueba documental de los acuerdos a los que llegaron los sujetos contratantes para reconocer la existencia de un desequilibrio económico –acta de revisión de 24 de octubre de 2013- y que no sobre recordar, que fue suscrita por el entonces Secretario de Infraestructura de Ciénaga y qué decir además del acta de reconocimiento y determinación del desequilibrio suscrita entre la firma interventora de la concesión y el operador del servicio –acta de 20 de septiembre de 2004-.*

*Los hechos anteriores, que fueron además corroborados por la declaración rendida dentro del proceso por el representante legal de la Fundación Prosperar, firma interventora de la concesión, son demostrativos que entre las partes se suscribieron sendos documentos tendientes por un lado a reconocer la existencia de un desequilibrio económico del contrato y por otro lado, de la cuantificación concreta del mismo. Esos comportamientos empleados por los contratantes, tiene vida para el derecho y para el mundo jurídico y no pueden ser desconocidos por las partes y mucho menos por el juez de la controversia contractual.*

*De esta forma, estima este Tribunal, que un comportamiento legal y apegado a la buena fe, particularmente, debe estar dirigido, precisamente, a darle efecto y validez a los documentos contractuales generados por las mismas partes que hoy se enfrentan en este proceso judicial. Es por ello, que no puede aceptarse la pretensión de la convocada, de querer en este momento, desconocer la existencia de una voluntad declarada en documentos contractuales –actas de 26 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2013 y 20 de septiembre de 2014-, porque no se dejó una salvedad en el otrosí No. 8 de 2015.*

*En segundo lugar, la queja de la parte convocada, que se propuso sólo al momento de alegar de conclusión, relacionada con la falta de inclusión de la salvedad en el Otrosí No. 8 de 2015, tampoco tiene asidero para esta Colegiatura, pues si así hubiese procedido el prestador del servicio y hoy convocante, tal conducta sería atentatoria de la buena fe, precisamente, porque ya existían unos documentos contractuales provenientes de los contratantes generados en los años 2006 y 2013 con anterioridad a la fecha de suspensión del otrosí número 8 de 2015, en los que no sobra resaltar, participó activamente la entidad territorial, que reconocían expresamente la existencia de incumplimientos contractuales y el desequilibrio económico del contrato que venía padeciendo la parte convocante.*

*Así pues, son tales documentos contractuales que obran dentro del expediente, que fueron allegados oportunamente y no fueron tachados por la convocada los que prueban la existencia de una reclamación económica, que fue finalmente reconocida por el Municipio de Ciénaga ante hechos constitutivos de incumplimientos –actas de 26 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2013 y 20 de septiembre de 2014-.*

*En tercer lugar, el Tribunal, de la lectura del contenido del Otrosí No. 8 de 29 de enero de 2015, no advierte la existencia de una renuncia expresa a reclamar por los conceptos que se incluyeron dentro del libelo genitor que dio origen (sic) a este proceso judicial y por tanto, tampoco, puede predicarse la improcedencia de las pretensiones de la demanda arbitral.*

*Por lo expuesto, entonces, es evidente que el convocante sí reclamó oportunamente sobre los hechos constitutivos del desequilibrio económico del contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del Municipio de Ciénaga y por tanto, no están llamados a prosperar los argumentos planteados por la parte convocada al momento de presentar los alegatos de conclusión. De esta forma, adicionalmente, no resultan aplicables al presente caso, la tesis jurisprudencial* (sic) *esbozada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado* –fls. 784 a 787-*.*

Siendo así, no se halla fundamento a las afirmaciones del cargo, en el sentido de que el laudo se sostiene en la íntima convicción de los árbitros, por haberse apartado del derecho vigente, toda vez que lo relevante tiene que ver con que la decisión se sustenta en el ordenamiento y elementos probatorios, en los que los árbitros sostienen las salvedades que, de acuerdo con lo invocado por el municipio, legitiman la reclamación en sede arbitral. Y no resulta posible que a través del recurso se enjuicien las razones de fondo en las que se funda el laudo.

Siendo así, habrá de declararse infundado el recurso de anulación.

1. **Costas**

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia.

Atendiendo a la intervención de la entidad convocada, la duración del trámite del recurso de que se trata y las disposiciones de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes las agencias en derecho que la parte recurrente deberá pagar a Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. Suma que se fija como valor de las costas, en cuanto no aparecen causadas otras.

**IV. DECISIÓN**

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

### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada, esto es el municipio Ciénaga (Magdalena), contra el laudo arbitral proferido el 10 de mayo de 2016 por el Tribunal de Arbitramento convocado a instancias de Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte recurrente a pagar las costas a Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. que se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Magistrada

Con aclaración

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado

1. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 1996, Radicación 11632. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 2 de marzo de 2017, radicación 11001-03-26-000-2016-00049-00 (56675); 29 de febrero de 2016, radicación 11001-03-26-000-2015-00167-00 (55885); 30 de julio de 2015, radicación 11001-03-26-000-2014-00173-00 (52735); 5 de marzo de 2015, radicación 11001-03-26-000-2014-00118-00 (51969), 12 de mayo de 2011, radicación 11001-03-26-000-2009-00118-00 (37787), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896.*  [↑](#footnote-ref-4)
5. *GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 99 y ss.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *WINDSCHEID, Bernhard, Tratado de Derecho Civil Alemán, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.* [↑](#footnote-ref-7)
8. *“La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (…) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él”. Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.* [↑](#footnote-ref-8)