**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - Régimen legal aplicable**

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012 es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido Estatuto, por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el aludido conjunto normativo. Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que sólo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Definición - Ley 142 de 1994**

conviene precisar que la expresión “empresas de servicios públicos”, utilizada en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 con el fin de señalar a los únicos sujetos destinatarios de sus disposiciones, incluye por igual a todas las modalidades que pueden adoptar esas sociedades, de conformidad con la clasificación que al respecto recoge el artículo 14 de la misma Ley 142, esto es ESP oficiales, mixtas o privadas. Ello por cuanto, de una parte, la norma no hace distinción alguna al respecto y, de otra parte, más importante aún, porque el inciso segundo resulta en extremo claro al señalar que ese artículo 32 “… se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social…”. Por manera que el régimen de derecho privado que consagra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 para los actos de todas las empresas de servicios públicos, resulta plenamente aplicable en tratándose de la EMAB S.A. E.S.P., puesto que la misma es una sociedad por acciones, de naturaleza mixta, que tiene por objeto la prestación de tales servicios.

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

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

**LAUDO ARBITRAL – Causal de anulación - Falta de competencia - Principio kompetenz kompeten**

La Ley 1563 de 2012, en su artículo 41 numeral 2, estableció como causales de anulación la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción y la falta de competencia. Cada uno de los institutos jurídicos relacionados por la disposición en cita debe ser analizado por separado, en razón a que cada uno de ellos cuenta con un alcance y una regulación normativa diferente. De otra parte, debe recordarse que en lo que respecta a las causales de anulación del laudo arbitral recogidas en los numerales 1, 2 y 3 del citado artículo 41, resulta ser presupuesto indispensable que la circunstancia o el vicio constitutivo de aquellas se alegue expresamente en la primera audiencia de trámite, so pena de su saneamiento. En efecto, dispone el penúltimo inciso del multicitado artículo 41 de la Ley 1563 que “[L]as causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia…”. Como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al inicio del proceso arbitral el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, de conformidad con el alcance del denominado principio kompetenz-kompetenz. Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes. El citado principio kompetenz-kompetenz estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998 y actualmente lo recoge el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno contencioso administrativo, sin perjuicio de la procedencia del recurso de anulación contra la decisión que respecto de dicho extremo adopte el Tribunal Arbitral. Según lo previsto en el artículo 30 ibídem, la decisión sobre competencia debe tomarse en la primera audiencia de trámite, por medio de auto contra el cual sólo procede el recurso de reposición. En este contexto, la propia jurisprudencia constitucional citada ha reafirmado que “… cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto. Si el tribunal decide que es competente para conocer del caso, existe un instrumento legal adecuado para impugnar esta decisión: el recurso de reposición. Si el recurso se decide de manera desfavorable, es necesario esperar a que el tribunal se pronuncie de fondo, para controvertir su competencia por medio del recurso de anulación, e incluso por medio de la acción de tutela. Para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que es un recurso extraordinario, es menester considerar las causales previstas por en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en especial las de sus tres primeros numerales y la exigencia del décimo inciso del mismo artículo, según la cual estas causales sólo pueden invocarse si “el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

**INTERPRETACIÓN - Efecto útil del contrato**

Vistas así las cosas, esto es, aplicando al presente caso las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1620 y 1622 del Código Civil que enseñan que ha de preferirse la interpretación que produzca algún efecto a aquélla que no lo produzca ─principio de conservación del negocio o favor contractus─ y la referida a la denominada interpretación sistemática, esto es la que impone una hermenéutica recíproca de las cláusulas del contrato, pues se parte de la base de que el significado y alcance de cada una de ellas de forma aislada resulta diferente de la comprensión que se deriva de considerarlas todas en conjunto, por manera que debe preferirse una interpretación del contrato como “un todo coherente” , se tiene que en modo alguno podría acogerse la interpretación del pacto arbitral promovida por la sociedad impugnante.

**LAUDO ARBITRAL - Causal de nulidad - Disposiciones contradictorias**

La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o por omisión o cambio de palabras o por alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal Arbitral, es la causal octava de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. La disposición en comento establece, entonces, de un lado, que la existencia de tales yerros o disposiciones contradictorias tenga lugar en la parte resolutiva del laudo o que los mismos influyan de forma considerable en ésta y, de otro, un requisito de procedibilidad consistente en que las correspondientes circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes a aquél en el cual se profirió la decisión arbitral se haya deprecado ora la corrección del error aritmético, por cambio de palabras o por alteración de éstas, ora la aclaración o complementación de la providencia en sus disposiciones contradictorias o en sus yerros por omisión, respectivamente. Lo anterior a efectos de permitir que el Tribunal Arbitral tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en los cuales hubiere podido incurrir o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo. En el anterior orden de ideas, por error aritmético debe entenderse aquel en el cual se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y, por consiguiente, se trata de un yerro cuya enmienda no conduce a la modificación o a la revocación de la decisión que se ha adoptado; a su turno, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación del algún aparte del texto del pronunciamiento y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada. Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y actualmente por el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual resulta improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético o por omisión, cambio o alteración de palabras se pretenda reformar o revocar el fallo ─el laudo, en asuntos como el sub judice─ o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el Tribunal Arbitral, por ejemplo en virtud de alguna inconformidad con la fórmula utilizada para arribar a ellas. Y en lo atinente a las disposiciones contradictorias, esta Corporación ha expresado lo siguiente: “Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutiva o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutiva. Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutiva toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión. Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutiva cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutiva porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutiva toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión. Finalmente, no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutiva, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido”. Resta por precisar, en relación con este extremo, que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético o derivado de la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente, deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de las 4 antecitadas operaciones matemáticas o bien a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o en la digitación, mas no a interpretaciones jurídicas ya sea relacionadas con alguno de los problemas jurídicos sometido a decisión de la autoridad judicial respectiva, bien atinentes a la manera en la cual el Tribunal debía realizar los cálculos o definir la fórmula u operación matemática a aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703)**

**Actor: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA -EMAB- S.A. E.S.P**

**Demandado: PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P., contra el laudo proferido dentro del proceso arbitral que se adelantó entre las partes citadas en la referencia, el día 14 de diciembre de 2015, dentro del cual se resolvió lo siguiente:

“**PRIMERO:** Ratificar la decisión adoptada en la primera audiencia de trámite, en relación a la falta de competencia del tribunal para pronunciarse respecto de las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA de la demanda principal, por las razones ya expuestas.

**SEGUNDO:** Declarar la prosperidad de la pretensión CUARTA de la demanda principal y en consecuencia declarar la NULIDAD ABSOLUTA del contrato No. 048 suscrito el veintidós (22) de octubre de 2010, entre LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA "EMAB" S.A. E.S.P. y la EMPRESA PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. por objeto ilícito, con fundamento en la violación del principio de planeación contractual.

**TERCERO:** Declarar la prosperidad de la pretensión quinta de la demanda principal y en consecuencia declarar la NULIDAD ABSOLUTA, de los otro sí 1, 2, 3, 4 y 5 del contrato No. 048 celebrado entre LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA "EMAB" S.A. E.S.P. y la EMPRESA PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato declarada en el numeral anterior.

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda principal, por los motivos expresados en las consideraciones precedentes.

**QUINTO:** Declarar la prosperidad de la excepción propuesta por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P contra la demanda principal denominada: "Ausencia de la Violación de la cláusula 23 del contrato 048 de 2010" por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO**: Declarar la prosperidad parcial de la excepción propuesta por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P contra la demanda principal denominada: "Incumplimiento del contrato por la parte convocante", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO**: Negar todas las demás excepciones propuestas por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P CHICAMOCHA S.A. contra la demanda principal, por lo expuesto en la parte motiva.

**OCTAVO:** Negar todas las excepciones formuladas por LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P EMAB S.A E.SP. contra la demanda de reconvención, por lo expresado en las consideraciones precedentes.

**NOVENO:** Declarar que prosperan las siguientes pretensiones principales de la demanda de reconvención: primera, segunda, tercera, cuarta y quinta, en consecuencia declarar que LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P EMAB S.A E.SP. incumplió el contrato No. 048 de 2010 en lo que respecta a su obligación contractual de informar dentro de los 5 días de cada mes al ente facturador para que este gire a la cuenta bancaria del operador, junto con el pago del primer avance, los saldos pendientes que resultan de las conciliaciones mensuales entre las partes, liquidadas a la fecha de presentación de la demanda de reconvención.

**DÉCIMO:** Como consecuencia de la declaración anterior condenar a LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P EMAB S.A E.SP. a cancelar a favor de PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma de TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON ONCE CENTAVOS MCTE ($3.788.146.578,11) *(sic)*, correspondiente a los servicios prestados, facturados y conciliados, entre marzo de 2013 y agosto de 2014, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, causándose intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley si vencido el plazo la convocante no cancela dicha obligación.

**DÉCIMO PRIMERO:** Declarar que no prosperan las demás pretensiones de la demanda de reconvención, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Abstenerse de imponer a las partes las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP, por las razones expuestas en los considerandos.

**DÉCIMO TERCERO:** Abstenerse de imponer condena en costas.

**DÉCIMO CUARTO:** Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

***DÉCIMO QUINTO:*** *Ordenar la liquidación final de los dineros consignados por las partes para atender los gastos que se causaran en el desarrollo del proceso y si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "gastos".*

***DÉCIMO SEXTO:*** *Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.*

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga (Art. 47 Ley 1563 de 2012)” [[1]](#footnote-1).

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1.1 La demanda arbitral.**

El día 15 de abril de 2014, la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P.- EMAB S.A. E.S.P, por conducto de apoderado, formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bucaramanga, demanda arbitral en contra de Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P., con ocasión de la controversia suscitada entre las partes en relación con el contrato No. 048 para la recolección, transporte, barrido de áreas públicas y gestión comercial de servicio de aseo en los ciclos 4 al 7 de Bucaramanga, celebrado el 22 de octubre de 2010.

**1.2 La cláusula compromisoria**.

La cláusula compromisoria se estipuló en los siguientes términos:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento, que decidirá en derecho, conformado por tres (3) árbitros colombianos, salvo que las partes acuerden uno solo.

El o los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes; si estas no acuerdan, el Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de BUCARAMANGA designará el o los árbitros sobre los que no hubo acuerdo. El tribunal decidirá en derecho y funcionará en la ciudad de BUCARAMANGA.

En las controversias de menor cuantía sólo habrá un árbitro. Se entenderá por tales, aquellas cuyo monto sea igual o inferior a cien (100) SMLMV.

La designación, requerimiento, constitución, funcionamiento y los demás aspectos del tribunal se regirán por las disposiciones legales vigentes sobre la materia en la fecha que el tribunal se convoque y por el reglamento que rija en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad de BUCARAMANGA"[[2]](#footnote-2).

**1.3 Las pretensiones de la demanda principal.**

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

**"PRIMERA:** Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 188 ‘por la cual se ordena la apertura de la Invitación Pública de la EMAB S.A. E.S.P.’, expedida el 18 de agosto de 2010, por violación del ordenamiento jurídico colombiano en particular de las siguientes normas: El Preámbulo de la Constitución política y sus artículos: 1,2,4,6 y 209; el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y el Artículo 16 del Código Civil y el artículo 3 del Estatuto Contractual de la EMAB**.**

**SEGUNDA:** Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 190 ‘Por la cual se adjudica el contrato de la invitación pública 004-2010 de la EMAB S.A. E.S.P., para seleccionar una persona natural o jurídica para que opere y explote, sin área de servicio exclusivo y por su cuenta y riesgo el servicio público de aseo en los componentes que se señalan en los términos de referencia y en las adendas de una zona definida del Municipio de Bucaramanga y la gestión comercial del servicio de aseo será realizada por esta persona en toda la ciudad’, expedida el 19 de octubre de 2010, por violación del ordenamiento jurídico Colombiano, en particular de las siguientes normas: El Preámbulo de la Constitución Política y sus artículos: 1, 2, 4, 6 y 209: el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y el Artículo 16 del Código Civil; y el artículo 3 del Estatuto Contractual de la EMAB.

**TERCERA:** Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 189 "por la cual se conforma el comité técnico, financiero y jurídico para la evaluación de la(s) propuesta(s) presentada(s) de acuerdo a la invitación pública 04 de 2010 de la EMAB S.A. E.S.P.", como consecuencia de las declaraciones primera y segunda.

**CUARTA:** Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del contrato No. 048 suscrito el veintidós (22) de octubre de 2010, entre LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA "EMAB" S.A. E.S.P. y la EMPRESA PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. por violación del ordenamiento jurídico colombiano, en particular de las siguientes normas: el Preámbulo de la Constitución Política y sus artículos: 1, 2, 4, 6 y 209; el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 16 del Código Civil; y el articulo 3 del estatuto contractual de la EMAB.

**QUINTA:** Como consecuencia de la declaración cuarta, se decrete la NULIDAD ABSOLUTA, del otro sí suscritos *(sic)*: 1, 2, 3, 4 y 5.

**SEXTA**: Que como consecuencia del decreto de la NULIDAD ABSOLUTA del contrato demandado, se CONDENE a la empresa PROACTIVA CHICAMOCHA S.A E.S.P., a pagar a la Empresa de Aseo de Bucaramanga EMAB S.A. E.S.P., el valor de los perjuicios debidamente indexados de orden patrimonial causados, los cuales declaro bajo la gravedad del juramento, estimados en la suma de CINCO MIL NOVECIENTOS NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS($5.909.484.600) Mcte. 1. Lucro Cesante: la suma de CINCO MIL NOVECIENTOS NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS MCTE ($5.909.484.600). Que hacen parte de las pérdidas acumuladas por la Empresa de Aseo de Bucaramanga, en los últimos tres ejercicios contables como consecuencia de la relación contractual demandada, a saber:

- Año 2011: Mil trescientos Veintidós Millones Novecientos Cincuenta y Un Mil Novecientos Pesos ($1.322.951.900) Mcte.

- Año 2012: Dos mil Doscientos Ochenta y Un Millones Seiscientos Treinta y Cinco Mil Quinientos Pesos ($2.281.635.500) Mcte.

- Año 2013: Dos mil trescientos Cuatro Millones Ochocientos Noventa y Siete Mil Doscientos Pesos ($2.304.897.200) Mcte.

**SÉPTIMA:** Que se DECLAREN las restituciones mutuas que correspondan como consecuencia de la NULIDAD deprecada, teniendo de presente la condición económica de la EMAB acreditada en el proceso arbitral.

**OCTAVA:** Se decreten o sean ordenadas por el Tribunal de Arbitramento todas aquellas medidas indemnizatorias que en derecho sean procedentes a efectos de lograr retrotraer a la EMAB las condiciones financieras que detentaba hasta antes de la celebración y ejecución del contrato demandado.

**NOVENA:** Se DECLARE que la empresa de servicios públicos PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. incumplió sus obligaciones contractuales, al violar la cláusula 23 del contrato No. 048 de 2010, denominado compromiso anticorrupción, por los hechos enunciados como décimo cuarto y décimo quinto de la presente reforma.

**DÉCIMA:** Como consecuencia de la declaración NOVENA, se ordene la terminación del contrato No. 048 suscrito el 22 de octubre de 2010, entre la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA "EMAB" S.A. E.S.P. y la EMPRESA PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P.

**DÉCIMO PRIMERA:** Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales a que haya lugar en el presente litigio"[[3]](#footnote-3).

**1.4 Los hechos.**

Relató la empresa convocante que mediante Resolución No. 188 del 18 de agosto de 2010 abrió invitación pública para seleccionar al contratista que se encargaría de la operación y explotación de los servicios de recolección de residuos sólidos, la gestión comercial y otras actividades en el municipio de Bucaramanga; finalizado el proceso de selección, adjudicó el contrato al Consorcio Aseo Chicamocha, tal como consta en la Resolución No. 190 del 19 de octubre de 2010 y el día 22 de ese mismo mes y año celebró el contrato No. 048 con la Empresa de Servicios Públicos Aseo Chicamocha S.A. E.S.P.

Agregó que el 10 de diciembre de 2010, suscribió el contrato No. 055 con la Empresa Aseo Especial S.A. para que ejerciera la interventoría del contrato No. 048, la cual, en desmedro del compromiso anticorrupción, designó como director de la interventoría al señor Jairo Salcedo, quien fuera integrante del comité evaluador conformado por la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. en la invitación pública No. 04 de 2010. Igualmente añadió que la señora Mónica Trujillo, apoderada y directora jurídica de Proactiva Chicamocha S.A. es esposa del señor Enrique Pineda, un ex miembro de la junta directiva de la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. y coordinador del comité evaluador y calificador jurídico de las propuestas que se presentaron en la invitación pública No. 04 de 2010, situación que, en su consideración, va en contravía de la cláusula 23 del contrato No. 048 de 2010.

Sostuvo la convocante que en el mes de marzo de 2012, la Contraloría General de la República presentó una demanda en ejercicio de la acción popular en contra de la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. por la supuesta vulneración y amenaza a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y a la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, que se ocasionaron por la suscripción y ejecución del contrato No. 048 de 2010.

De otra parte, añadió que el Ministerio de Trabajo, mediante Resolución No. 000677 del 24 de julio de 2012, impidió que la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. efectuara el despido masivo de 69 trabajadores, lo cual hacía parte de una estrategia de viabilidad financiera en el marco del contrato No. 048 de 2010 y respaldada por la convocada.

La empresa convocante expresó que el 24 de agosto de 2012 presentó a Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. una propuesta de renegociación del contrato No. 048 de 2010, relacionada, entre otros extremos, con la carga económica prevista en la cláusula 16 que impedía el cumplimiento de los objetivos misionales de la empresa y la eliminación de la interventoría. Como consecuencia de esta negociación, se suscribió el otro sí No. 04 de fecha 22 de noviembre de 2012, en el que la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. asumió la interventoría del contrato, pero no se llegó a ningún acuerdo referido a la cláusula 16 del contrato en mención, lo cual, en su parecer, generó un desequilibrio en sus ingresos

Agregó que el 22 de octubre de 2014, en virtud del Tribunal de Arbitramento 2013-166 se declaró el incumplimiento del reglamento técnico operativo por parte de Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. Finalmente, puso de presente que la situación financiera de la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P. se desmejoró notoriamente como consecuencia del contrato en mención[[4]](#footnote-4).

**1.5 La integración del Tribunal de Arbitramento.**

El 18 de julio de 2014 se llevó a cabo la audiencia de instalación correspondiente, en la cual se dispuso declarar instalado legalmente el Tribunal de Arbitramento y se designó Presidente y Secretario.

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

En la contestación de la demanda, la empresa convocada negó algunos de los hechos contenidos en la misma; manifestó que no le constaban otros y que no constituían hechos los restantes.

Asimismo, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que se mencionan a continuación:

1. Falta de competencia parcial del tribunal de arbitramento.

2. Caducidad.

3. Inepta demanda.

4. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. El contrato 048 de 2010 no adolece de objeto ilícito.

6. Violación de la confianza legítima y doctrina de los actos propios.

7. Ausencia de responsabilidad de Proactiva.

8. Ausencia de la violación de la cláusula 23 del contrato No. 048 de 2010.

9. Culpa exclusiva de la víctima.

10. Improcedencia de las pretensiones de la demanda - La EMAB pretende beneficiarse de su propia culpa.

11. Enriquecimiento sin causa.

12. Inexistencia de causal de nulidad absoluta.

13. Mala fe de la parte convocante.

14. Incumplimiento del contrato por la parte convocante.

15.Cumplimiento satisfactorio de todas las obligaciones contractuales por parte de Proactiva.

16. Excepción innominada o genérica[[5]](#footnote-5).

**1.7 Demanda de reconvención**

En la demanda de reconvención, se reiteraron algunos de los hechos expuestos en la demanda, en la contestación de la misma y adicionalmente se relataron los siguientes:

*"10. La EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A E.S.P - SIGLA EMAB S.A a la fecha tiene una cartera acumulada de TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($3.043.931.978) por pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A E.SP, la cual comprende los saldos de los períodos de marzo de 2013 a junio de 2014: incumpliendo con lo convenido en el otro si No. 04 y lo dispuesto en el numeral 2 de la cláusula 7 del contrato.*

*11. La empresa PROACTIVA CHICAMOCHA S.A E.S.P. pagó la prima del servicio de acuerdo a las condiciones pactadas inicialmente en el Contrato en cuanto al término de duración de los servicios, esto es, hasta octubre de 2020. Sin embargo, por solicitud expresa de la EMAB, según Otro Sí No. 04, la entidad retomó la operación de los servicios en los sectores que venía operando Proactiva acorde al Otro Sí No. 01, a partir del 1° de Diciembre de 2012, por lo cual la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P. - SIGLA EMAB S.A debe reembolsar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A E.S.P. la suma proporcional a los 121.5 meses no ejecutados, ello es ($121.300.000). La solicitud de dicho reembolso fue presentada mediante oficio ASC 856 del veintiuno (21) de septiembre de dos mil doce (2012) sin lograr acuerdo alguno.*

*12. En el contrato 048 de 2010 y en el anexo 4, se estableció como condición que el operador debía celebrar convenio de facturación conjunta con la empresa de acueducto o energía, sin embargo, pasados 4 años de iniciado el contrato, la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A E.S.P. SIGLA EMAB S.A no ha permitido que PROACTIVA - CHICAMOCHA S.A E.S.P. suscriba tales convenios, incumpliéndose de esta manera las disposiciones en referencia".*

Asimismo, en la demanda de reconvención se formularon las siguientes pretensiones:

**"Pretensiones Principales**

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.** Que se DECLARE que la EMAB S.A. E.S.P. incumplió, y actualmente sigue incumpliendo, su obligación contractual de informar dentro de los cinco días de cada mes al ente facturador, para que éste gire a la cuenta bancaria del OPERADOR, junto con el pago del primer avance, los saldos pendientes que resultan de las conciliaciones mensuales entre las partes, debidamente liquidadas a la fecha de la presente demanda de reconvención, en cuantía aproximada de TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (3.043.931.978), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso.

***SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., dejó de percibir una suma equivalente a TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIETOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($3.043.931.978), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso, por concepto de los saldos pendientes que resultan de las conciliaciones mensuales entre las partes, debidamente liquidadas a la fecha de la presente demanda de reconvención, según lo dispuesto en el Contrato 048 de 2010.*

***TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que se declare que la EMAB es contractualmente responsable por el pago de la suma que como consecuencia de su incumplimiento del Contrato 048 de 2010 PROACTIVA CHICAMOCHA SA E.S.P., dejó de percibir por concepto de los saldos pendientes que resultan de las conciliaciones mensuales entre las partes debidamente liquidadas a la fecha de la presente demanda de reconvención, la cual asciende a TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($3.043.931.978); o la suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, también como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra contractualmente obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma de TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($3.043.931.978), o la suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***CONSECUENCIAL A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma de TRES MIL CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($3.043.931.978), o aquella suma que se demuestre en el proceso.*

***QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión anterior, actualizada según el Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se generó la obligación hasta la fecha en que el Honorable Tribunal de Arbitramento profiera el laudo correspondiente.*

***CONSECUENCIAL A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión cuarta, actualizada según el índice de Precios al Consumidor -IPC, desde la fecha en que se generó la obligación hasta la fecha en que el Honorable Tribunal de Arbitramento profiera la sentencia correspondiente.*

***SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, también como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión cuarta, junto con los intereses moratorios liquidados a la máxima tasa de mora permitida que se causen desde la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral y hasta la fecha efectiva del pago.*

***CONSECUENCIAL A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, también como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P. a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión cuarta, junto con los intereses moratorios liquidados a la máxima tasa de mora permitida que se causen desde la fecha en que se profiera el Laudo Arbitral y hasta la fecha efectiva del pago.*

***SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que se declare que la EMAB S.A. E.S.P. ha incumplido y sigue incumpliendo su obligación contractual de reembolsar la parte proporcional del pago que le hizo el OPERADOR con el Otrosí No. 01 correspondiente a la prima de servicio por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) proyectado por el plazo del Contrato y como consecuencia de la retoma de la operación por parte de la EMAB S.A. ESP en zonas que venía prestando EL OPERADOR, a partir del 1º de diciembre de 2012, cuyo valor asciende a CIENTO VEINTIÚN MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS ($121.300.000), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare que PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., se encuentra contractual y legalmente legitimada para recibir el reembolso de la suma correspondiente a la parte proporcional del pago que le hizo el OPERADOR a la EMAB S.A. E.S.P. con el Otrosí No. 01 correspondiente a la prima de servicio por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) proyectado por el plazo del Contrato y como consecuencia de la retoma de la operación por parte de la EMAB S.A. ESP en zonas que venía prestando EL OPERADOR, a partir del 1º de diciembre de 2012, cuyo valor asciende a CIENTO VEINTIÚN MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS ($121.300.000), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., la suma de CIENTO VEINTIÚN MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS ($121.300.000), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso, por concepto del reembolso de la suma correspondiente a la parte proporcional del pago que le hizo el OPERADOR a la EMAB S.A. E.S.P. con el Otrosí No. 01 correspondiente a la prima de servicio por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) proyectado por el plazo del Contrato y como consecuencia de la retoma de la operación por parte de la EMAB S.A. ESP en zonas que venía prestando EL OPERADOR, a partir del 1º de diciembre de 2012.*

***CONSECUENCIAL A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. la suma de CIENTO VEINTIÚN MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS ($121.300.000), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso, por concepto del reembolso de la suma correspondiente a la parte proporcional del pago que le hizo el OPERADOR a la EMAB S.A. E.S.P. con el Otrosí No. 01 correspondiente a la prima de servicio por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) proyectado por el plazo del Contrato y como consecuencia de la retoma de la operación por parte de la EMAB S.A. ESP en zonas que venía prestando EL OPERADOR, a partir del 1º de diciembre de 2012.*

***DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., la suma señalada en la pretensión anterior, actualizada según el Índice de Precios al Consumidor -IPC, desde la fecha en que se generó la obligación hasta la fecha en que el Honorable Tribunal de Arbitramento profiera el correspondiente Laudo.*

***CONSECUENCIAL A LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., la suma señalada en la novena pretensión, actualizada según el Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se generó la obligación hasta la fecha en que el Honorable Tribunal de Arbitramento profiera el correspondiente Laudo.*

***DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se declare que la EMAB S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., la suma señalada en la novena pretensión, junto con los respectivos intereses moratorios, liquidados a la máxima tasa de mora permitida que se causen hasta la fecha efectiva del pago.*

***CONSECUENCIAL A LA DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., la suma señalada en la novena pretensión, junto con los respectivos intereses moratorios, liquidados a la máxima tasa de mora permitida que se causen hasta la fecha efectiva del pago.*

***DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que se declare que la EMAB S.A. E.S.P., ha incumplido sus obligaciones derivadas de la cláusula 19 del Contrato 048 de 2010 al no haber sido posible suscribir el convenio de facturación conjunta por parte del OPERADOR por causas imputables a la EMAB.*

***DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la EMAB S.A. E.S.P., cumplir con lo dispuesto por la cláusula 19 del Contrato 048, de manera que PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P., pueda suscribir el convenio de facturación conjunta.*

***DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de todas las declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P., a pagar las costas, agencias en derecho y gastos procesales que se causen o lleguen a causar.*

***Pretensiones subsidiarias***

***PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:*** *Que se DECLARE que la EMAB S.A. E.S.P. se encuentra obligada a indemnizar integralmente a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. todos los daños y perjuicios que esta última sufra por razón de que el Honorable Tribunal de Arbitramento declare (i) que la EMAB S.A. ESP incumplió el principio de planeación, y (ii) que el Contrato No. 048 de 2010 adolece de nulidad absoluta, incluyendo, pero sin limitarse a, el lucro cesante y el daño emergente.*

***SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:*** *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare que la EMAB S.A. ESP se encuentra obligada a indemnizar integralmente a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. todos los daños y perjuicios que esta última sufra por razón de que el Honorable Tribunal de Arbitramento declare (i) que la EMAB S.A. E.S.P. incumplió el principio de planeación, y (ii) que el Contrato No. 048 de 2010 adolece de nulidad absoluta, los cuales ascienden a no menos de DOCE MIL MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS ($12.214.721.796), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMAB S.A. E.S.P. a indemnizar integralmente a PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. todos los daños y perjuicios que esta última sufra por razón de que el Honorable Tribunal de Arbitramento declare (i) que la EMAB S.A. E.S.P. incumplió el principio de planeación, y (ii) que el Contrato No. 048 de 2010 adolece de nulidad absoluta, los cuales ascienden a no menos de DOCE MIL MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS ($12.214.721.796), o aquella suma que se demuestre en el curso del presente proceso.*

***CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:*** *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a la EMAB S.A. E.S.P. al pago de las costas y demás expensas del presente proceso"*[[6]](#footnote-6)*.*

**1.8** **La decisión arbitral recurrida.**

En sede arbitral, se dictó laudo el día 14 de diciembre de 2015, cuya parte resolutiva quedó transcrita al inicio de esta sentencia. La argumentación contenida en esa providencia comenzó por estudiar y concluir que se vieron debidamente satisfechos en el presente proceso, todos los presupuestos de procedibilidad de la acción y los requisitos procesales necesarios para posibilitar un pronunciamiento de fondo ─demanda en forma, capacidad de las partes para comparecer al proceso, legitimación en la causa, no ocurrencia del fenómeno de la caducidad, etcétera─.

Al pronunciarse sobre su competencia para decidir el asunto sometido a su consideración, el laudo expresó que el legislador tiene la potestad de determinar las materias objeto de decisión arbitral e impartir la autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre la existencia y validez de los contratos y, por lo tanto, debe ser aplicada la norma especial que establece de manera expresa la competencia de los tribunales arbitrales a tal efecto, vale decir el artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor *"...podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido".* En este sentido, concluyó el Tribunal que tenía competencia para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad contractual formulada.

A renglón seguido, la providencia recurrida desarrolló algunas reflexiones en punto de los alcances, contenido y límites de los principios de la autonomía de la voluntad y de planeación en la actividad contractual de las entidades estatales, para conectar dichos temas con el impacto que tienen de cara a la validez o a la nulidad absoluta de los contratos.

En relación con el régimen jurídico aplicable al contrato No. 048 de 2010, celebrado entre las partes en la presente controversia, el Tribunal de Arbitramento precisó que la convocante es una empresa de servicios públicos domiciliarios, regida por la Ley 142 de 1994, que en su artículo 31, modificado por el artículo 3° de la ley 689 de 2001, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y añadió que el artículo 32 de la ley en cita establece que la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en la misma Ley 142, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado*.*

Agregó que comoquiera que la naturaleza jurídica de las entidades contratantes es comercial por tratarse de sociedades anónimas, se debía aplicar el artículo 822 del Código de Comercio ─C.Co.─, por cuya virtud los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa, de suerte que atendiendo a esa remisión, igualmente resulta aplicable en el asunto *sub lite* el artículo 1741 del Código Civil, a cuyas voces la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, así como la originada en la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.También consideró pertinente el Tribunal tomar en consideración la definición que del objeto ilícito en los contratos se incluye en el artículo 1519 de la misma codificación civil al preceptuar que *"hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”.*

El Tribunal de Arbitramento también trajo a colación el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el cual las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, de todos modos, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, para concluir que el hecho de estar en presencia de un contrato celebrado con una empresa de servicios públicos domiciliarios, que cuenta con un régimen de contratación diferente al general, no exime a las partes del deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Igualmente, señaló el Tribunal Arbitral que si bien es cierto que el principio de planeación no se encuentra reseñado en forma expresa como uno de los principios de la función administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado, reiteradamente, lo ha reconocido así.

En relación con el problema jurídico que interesa a los efectos de desatar el recurso extraordinario de anulación, el Tribunal Arbitral manifestó que el examen de problema jurídico materia de la litis pasa por el estudio de tres elementos fundamentales: *(i)* la pertinencia del principio de planeación en la contratación de la EMAB; *(ii)* las manifestaciones demostrativas de la inobservancia del principio de planeación en la preparación del contrato 048 de 2010 y *(iii)* la nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la inaplicación del principio de planeación.

En lo atinente al primero de los tres extremos en mención, el Tribunal señaló que la empresa convocante, en el desarrollo de su actividad contractual, estaba en la obligación de darle aplicación, sin ningún atenuante, al principio de planeación, el cual tiene una estrecha correlación con la eficicacia y la economía, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia, bajo el entendido de que sin planeación, dichos principios se convertirían en un simple agregado retórico, sin sentido finalista alguno. Añadió que el artículo 14 del manual de contratación de la EMAB S.A. E.S.P. prevé, en la etapa precontractual, la exigencia de realizar estudios previos, lo cual es un explícito reconocimiento del deber de aplicación del principio de planeación en dichos procesos contractuales y de la vigencia dentro de los mismos, del mandato contenido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Igualmente, agregó el Tribunal que la aplicación del principio de planeación no solo constituye una exigencia inexcusable para la entidad contratante, sino tambien una condición predicable del contratista. En efecto, en cumplimiento de este principio, la entidad estatal debe realizar los respectivos estudios previos, con base en los cuales se identifica la necesidad a satisfacer, la conveniencia y oportunidad de celebrar el contrato, los requisitos habilitantes para la selección del contratista, los costos en que habrá de incurrirse, las disponibilidades presupuestales que demandan la contratación, entre otras cuestiones. Por su parte, el contratista debe analizar las condiciones y los documentos del proceso de selección y de la ejecución del contrato, lo cual presupone un nivel suficiente de conocimiento del asunto, que lo habilita para determinar eventuales inconsistencias en la información suministrada por la entidad contratante, las cuales deben ser advertidas a ésta, carga de diligencia que incluso le impone el deber, en determinadas circunstancias, de abstenerse de presentar la oferta. Concluyó que la omisión de ese deber de coparticipación a cargo de las partes en la observancia de las exigencias aludidas, puede comprometer la validez del contrato, cuando se vulnere el principio de planeación.

En relación con el segundo aspecto en referencia, el Tribunal destacó varias circunstancias que evidenciaron que en la realización de los estudios previos del Contrato 048 de 2010 no se observaron los postulados del principio de planeación. En primer lugar, consta en el proceso que las partes, a los pocos días de haberse celebrado el contrato 048 de 2010, suscribieron el Otrosí 01, a través del cual se adicionó el objeto contractual incluyendo las zonas centro y occidente y las avenidas públicas, con idéntica cobertura: barrido, limpieza, recolección y transporte e inclusión de la gestión comercial. Asimismo, para la ampliación del objeto del contrato, se invocaron las mismas razones que se adujeron para el contrato original: superar el déficit operativo de la EMAB S.A. E.S.P.; la necesidad de nuevos equipos para cuyas inversiones no existía el correspondiente soporte financiero en la EMAB y la necesidad de afrontar la competencia de otros operadores. Sin embargo, en el año 2012, se suscribió el Otrosí 04, en el que se acordó revertir a la EMAB S.A. E.S.P. lo que se había entregado al operador en el Otrosí 01 asi como el ejercicio de la interventoría, dejando sin efectos lo pactado en el contrato original. De lo expuesto, el Tribunal concluyó que en este escenario de incertidumbre, ambigüedades e improvisación, al definir el alcance del objeto contractual, resulta evidente que no se realizó una adecuada planeación, puesto que de haberse acometido un estudio riguroso, no se habría celebrado la adición que meses después fue revertida, deficiencia que se extiende al manejo dispensado a la interventoría.

En segundo lugar, el parágrafo 1 de la cláusula 2 del contrato 048 le confirió al contratista la facultad discrecional de definir los horarios y frecuencias en la prestación de los servicios de recolección, barrido, limpieza y transporte de desechos sólidos, lo cual en consideración del Tribunal es absolutamente incomprensible, puesto que estas variables debieron ser definidas por la entidad contratante para garantizar la calidad del servicio. Por ello, un estudio previo, elaborado de manera juiciosa, no puede dejar al arbitrio del contratista la definición de estos horarios y frecuencias, lo cual denota el déficit de las exigencias mínimas que impone el principio de planeación contractual.

En tercer lugar, en lo relacionado con el plan de ajustes, previsto en la cláusula 13 del contrato 048 de 2010, el Tribunal expresó que dicho contrato establece un mecanismo que convierte al contratista, no en el ejecutor de las condiciones técnicas y operativas que fije la entidad, sino que es habilitado para determinar dichas condiciones, lo cual deja entrever la precariedad de los estudios previos y la calidad de la planeación, toda vez que la entidad contratante no estructuró los reglamentos para la prestación del servicio, sino que dicha facultad recayó en el operador, a través del plan de ajustes, que le permite incluir cambios en dichos reglamentos. Añadió que, no obstante haberse concedido esta condición privilegiada al operador, en el proceso arbitral 2013-166, el respectivo Tribunal declaró el incumplimiento del reglamento técnico-operativo por parte de Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. De lo expuesto, el Tribunal concluyó que el contrato no estuvo precedido de una adecuada planeación, por cuanto se partió de la premisa de acuerdo con la cual los varias veces citados reglamentos podían tener omisiones y que el contratista tenía la facultad de introducir los correctivos a que hubiere lugar.

En cuarto lugar, frente a lo previsto en el inciso 3 de la cláusula 17 del contrato en mención sobre tarifas iniciales y sus incrementos anuales, que señala que *"... serán revisadas al inicio del mismo a solicitud del operador y luego una vez por año (...) Las tarifas serán siempre definidas con base a los estudios y cálculos efectuados por el operador. Estas tarifas nunca podrán ser inferiores a lo contemplado en dichos estudios y cálculos",* el Tribunal estimó que, de conformidad con esta estipulación contractual, el rector en materia tarifaria sería el operador, habida consideración de que los ajustes en las tarifas se efectuarían con base en los estudios que, para tal efecto, el contratista realizara.

Finalmente, el Tribunal de Arbitramento expresó que en los estudios previos se evidenciaron más incongruencias conceptuales, como aquella referida a que los costos operativos de los ciclos 4, 5, 6 y 7 a contratar con el operador, son más bajos, pero que estos "alivios" se "dilapidan" para atender los costos de los estratos 1, 2 y 3, mucho más elevados y a cargo de la empresa convocante. Esta circunstacia, según el Tribunal, habría sido suficiente para descartar la opción del contrato en las condiciones pactadas, puesto que quedaba demostrado que los ciclos que se cedían al operador, eran la fuente de rentabilidad que compensaba financieramente el comportamiento deficitario de los otros ciclos.

Asimismo, destacó el Tribunal que la retribución económica que se otorgó al anterior contratista fue del 68% del ingreso tarifario, mientras que, sin argumentos que lo justificaran, al nuevo operador, Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P., se le concedió el 95% de dicho ingreso. Aunado a lo anterior, se evidenciaron otras ventajas comparativas desmedidas en favor del operador, desde el punto de vista de la liquidez y la rentabilidad de los ciclos objeto del contrato, de conformidad con la evaluación de los peritos aportada por la empresa convocante, en la cual se determinó que la cartera en los ciclos 1 y 2 tiene una menor rotación que la correspondiente a los ciclos 5 y 6 y, en éstos últimos ciclos, la composición de sus gastos y costos es más baja por la incidencia de factores como *"la frecuencia de la recolección; los kilómetros de vías barridas, distancia del sitio de disposición final; tamaño y densidad del mercado, los cuales resultan más favorables para la empresa de aseo Chicamocha E.S.A. ESP..."*, aspectos que denotan que el contrato reportaba una muy considerablemente mayor rentabilidad a favor del operador, en abierto detrimento de los intereses de la EMAB.

De otra parte, agregó el Tribunal Arbitral que, de haberse efectuado una adecuada planeación contractual, la empresa convocante no estaría sufriendo los sobrecostos de administración a los cuales tiene que hacer frente; de conformidad con el dictámen pericial, en los estudios de conveniencia y oportunidad faltó llevar a cabo un estudio de mercado en el cual se hubiesen examinado las variables que intervienen en la prestación del servicio del aseo, tales como *"la frecuencia y periodicidad en la prestación del mismo, a nivel de cada uno de los ciclos, sus respectivas tarifas, las distancias respecto del sitio de disposición final, así como el tamaño y la densidad de la población, etc.".* Igualmente, añadió la providencia recurrida que si la situación económica de la empresa convocante estaba descompensada y los mejores márgenes de utilidad se presentaban en los ciclos 4, 5 y 6, el Tribunal no se explica cómo la empresa se desprendió de estos ciclos, sin prever medidas compensatorias que suplieran los recursos que dejaba de recibir, máxime cuando no estaba en presencia de un riesgo, sino ante la certeza de la llegada de condiciones económicas más desfavorables, que podrían afectar su sostenibilidad financiera.

Y por cuanto respecta al análisis de la nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la inaplicación del principio de planeación, el Tribunal de Arbitramento reafirmó la concurrencia de dos presupuestos: *(i)* la obligatoriedad de aplicar el principio de planeación en los procesos contractuales de la EMAB S.A. E.S.P., y *(ii)* la demostración de numerosos elementos que revelaron la ausencia o precaria aplicación de la planeación en la estructuración de las condiciones técnicas, operativas y económicas del Contrato 048 de 2010.

En este sentido, agregó el Tribunal que la inobservancia de la planeación en el contrato, condujo a la infracción del artículo 209 de la Constitución Política y dicha circunstancia dejó en el contrato la impronta de un objeto ilícito, el cual de conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil se genera cuando un contrato viola el derecho público de la Nación, lo que conduce a la nulidad absoluta del mismo.

De conformidad con lo expuesto, para el Tribunal existen razones serias que justifican declarar la nulidad absoluta del contrato, aunque si bien dicha declaratoria surte efectos inmediatos, advirtió que las partes disponen de un tiempo razonable para que la empresa convocante adopte las medidas necesarias para asumir la prestación del servicio, en razón a las connotaciones sanitarias que rodean al mismo y a su impacto sobre el interés público.

En relación con la nulidad de los Otrosí solicitada en la pretensión quinta de la demanda principal, el Tribunal manifestó que la declaratoria de nulidad del contrato conlleva *ipso iure* la extinción de los Otrosí en razón al carácter accesorio que tienen dichos instrumentos respecto del contrato; asimismo, señaló que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, de acuerdo tanto con lo normado a este respecto por el Código Civil, como con los desarrollos de la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado en ese sentido, no procede disponer la operatividad de restituciones mutuas ni el reconocimiento de indemnizaciones como consecuencia de la declaratoria de nulidad[[7]](#footnote-7).

Las extensas argumentaciones del Tribunal Arbitral para desatar, en el sentido descrito en la parte resolutiva del laudo impugnado que antes se transcribió, las restantes pretensiones tanto de la demanda principal como de la de reconvención, no se traen a cuento en este lugar por no estar relacionadas con el objeto del recurso extraordinario de anulación.

**1.9 Solicitudes de complementación, corrección y aclaración del laudo arbitral.**

Mediante memorial de fecha 21 de diciembre de 2015, la empresa convocada Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. solicitó que se aclarara, corrigiera y adicionara el laudo arbitral proferido el 14 de diciembre de 2015, con fundamento en los siguientes argumentos ─de la solicitud en comento, se citan exclusivamente aquellos pedimentos que tienen relación con el objeto del recurso extraordinario de anulación─:

*“1. Teniendo en cuenta la argumentación establecida por el H. Tribunal para desechar la excepción propuesta por Proactiva como "Falta de legitimación en la causa por pasiva" (páginas 47-51 del Laudo Arbitral), solicito se aclare este aparte del Laudo Arbitral en el sentido de señalar:*

*1.1. Si el H. Tribunal considera que los hechos que dieron lugar a la nulidad absoluta del Contrato declarada en el Laudo Arbitral le son imputables a Proactiva.*

*1.2. En criterio del Tribunal, a quién le es imputable la falta de planeación del Contrato 048 de 2010 (en adelante el "Contrato") declarada en el Laudo Arbitral.*

*2. Teniendo en cuenta los elementos de juicio utilizados por el H. Tribunal para determinar la falta de planeación del Contrato, (páginas 94 a 117) solicito se aclare el Laudo Arbitral en el sentido de señalar:*

*2.1. En cuanto a las consideraciones del H. Tribunal sobre la cláusula contractual que otorgaba al operador la obligación de fijar horarios y frecuencias en la recolección de las basuras (páginas 95-96 del Laudo Arbitral) ¿considera el H. Tribunal que se dio una falta de planeación del Contrato por el hecho de haberle asignado esta obligación al operador?*

*2.2. En cuanto a las consideraciones del H. Tribunal sobre la cláusula contractual que otorgaba al operador la obligación de definir el Plan de Ajuste de la Zona de Operación (páginas 96-98) ¿considera el H. Tribunal que se dio una falta de planeación del Contrato por el hecho de haberle asignado esta obligación al operador?*

*2.3. En cuanto a las consideraciones del H. Tribunal sobre la obligación contractual donde se determinó que Proactiva sería quien fijaría las tarifas (páginas 98-100) ¿considera el H. Tribunal que se dio una falta de planeación del Contrato por el hecho de haberle asignado esta obligación al operador?*

*(...)*

*6. Teniendo en cuenta la afirmación realizada por el H. Tribunal en la página 115 del Laudo Arbitral según la cual, por haber determinado la EMAB que Proactiva sería quien fijara las tarifas de conformidad con los costos de la prestación del servicio, dicha entidad se encontraba "[...] entregando la rectoría del contrato. Entonces, surge la pregunta obvia ¿Qué clase de planeación se aplicó para definir semejante tratamiento?", solicito se aclare esta afirmación del Laudo Arbitral en el sentido de señalar:*

*6.1. Si el H. Tribunal tuvo en cuenta la naturaleza del contrato de operación de acuerdo a lo establecido en el Artículo 39 de la Ley 142 de 1994, para efectos de determinar cuáles obligaciones podrían estar a cargo del operador.*

*6.2. ¿Por qué considera el H. Tribunal que dicha pregunta resulta obvia?*

*(...)*

*9. Ratifica el H. Tribunal a lo largo del Laudo Arbitral su falta de competencia para pronunciarse sobre las Resoluciones 188, 189 y 190 de 2010 proferidas por la EMAB, por pertenecer estas a una etapa pre contractual no cubierta por la cláusula compromisoria. Sin embargo, el Laudo Arbitral declara la nulidad absoluta del Contrato por considerar que se incumplió el principio de planeación del mismo Contrato. En vista de lo anterior, solicito al H. Tribunal se sirva aclarar:*

*9.1. Si el H. Tribunal considera que el principio de planeación debe cumplirse con anterioridad a la celebración del Contrato o con posterioridad a su celebración.*

*9.2. En particular, si el H. Tribunal considera que el principio de planeación debe observarse y cumplirse al momento de la apertura de la licitación, la conformación del comité técnico para el estudio de las propuestas y la adjudicación del respectivo contrato.*

*9.3. Si, para tomar la decisión contenida en el Laudo Arbitral de declarar la nulidad absoluta del Contrato por incumplimiento del principio de planeación, el H. Tribunal tuvo en cuenta o falló con base en hechos ocurridos con anterioridad a la celebración del Contrato.*

*10. En la página 95 del Laudo Arbitral, se dice "Análoga consideración merece lo relativo al manejo de la interventoría, pues la postura dubitativa en esta materia también muestra claramente las deficiencias de los estudios previos". En relación con esta afirmación, solicito al H. Tribunal se sirva aclarar:*

*10.1. A qué hace referencia cuando indica que existió una "postura dubitativa" de la lnterventoría en materia de la suscripción de los Otrosí 01 y 04 del Contrato;*

*10.2. En qué pruebas fundamenta su conclusión de que se presentan unas deficiencias de los estudios previos? ..."*[[8]](#footnote-8)

De otra parte, la empresa convocante, Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P., a través de memorial de fecha 21 de diciembre de 2015, solicitó la aclaración y corrección del laudo arbitral, en los siguientes términos:

“ACLARACIÓN: El mencionado numeral concede a la EMAB treinta (30) días para cancelar a favor del contratista la suma indexada de $3.788.146.578,11 Mcte, correspondientes a los servicios prestados, facturados y conciliados entre marzo de 2013 a agosto de 2014; sin embargo el artículo 192 inciso 2 del C.P.A.C.A, establece que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo de 10 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, a su vez el articulo 195 numeral 4 prevé que vencido el término de 10 meses la condena dineraria comenzará a generar intereses de mora a la tasa comercial.

*En consecuencia, solicito al H. Tribunal aclarar la razón por la cual se concedió un término de 30 días si la ley dispone uno de 10 meses. En caso de que el H. Tribunal encuentre fundada mi aclaración le solicito encarecidamente efectuar la corrección en la parte resolutiva del laudo fijando el término del articulo 192 de la ley 1437 de 2011.*

*CORRECCIÓN: La corrección que solicito respetuosamente al distinguido Tribunal es de tipo aritmético y consiste básicamente en lo siguiente: se dice en el numeral décimo de la parte resolutiva que se condena a la EMAB por los servicios prestados, facturados y conciliados, entre marzo de 2013 y agosto de 2014.*

*Así las cosas, me permito anexar un cuadro al presente memorial en el cual se encuentra: el número de las facturas entre marzo de 2013 a agosto de 2014; el valor neto de la factura que es aquello que cobra el operador por la prestación del servicio; el número del acta y la fecha del acta suscrita por el supervisor del contrato; el saldo pendiente o el valor mensual del incumplimiento contractual; la retención del 2.5% que debe cobrarse es al valor neto de la factura y no al saldo pendiente o valor mensual del incumplimiento contractual; el valor después de la retención; el índice de precios al consumidor final ICPF; el índice de precios al consumidor inicial IPCI; el factor actuarial; y el valor actual o indexado.*

*En consecuencia el valor a pagar en el periodo de tiempo de marzo de 2013 a agosto de 2014 con indexación es la suma de $2.710.099.039 y no $3.788.146.578,11.*

*Se precisa indicar que el valor de $3.043.931.978 que fue utilizado por el Tribunal a partir de las pretensiones de la demanda de reconvención, corresponde de marzo de 2013 a noviembre de 2014 (es decir 3 meses adicionales), valor que ya incluye el descuento del 2.5% correspondiente a la retención sin indexación"*[[9]](#footnote-9)*.*

**1.10 Decisión del Tribunal sobre las solicitudes de complementación, corrección y aclaración del laudo arbitral.**

En audiencia del 23 de diciembre de 2015, el Tribunal de Arbitramento resolvió las solicitudes de complementación, corrección y aclaración del laudo arbitral, mediante Auto No. 46, cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente:

*“1. Proceder a corregir el laudo en la consideración vista al folio 169 del mismo, que comporta un error de digitación en la frase "no lo deslegitima" cuando lo que se quiso decir es: no está legitimado.*

*2. Negar las demás solicitudes de aclaración, corrección y complementación del laudo, formuladas por la EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. ESP. Sigla EMAB S.A. E.S.P. y PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P.*

*3. De oficio corregir el numeral décimo de la parte resolutiva del laudo el cual queda así:*

*DÉCIMO: Como consecuencia de la declaración anterior condenar a LA EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P EMAB S.A E.SP. a cancelar a favor de PROACTIVA CHICAMOCHA S.A E.S.P. la suma de TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS MCTE ($3.788.147.183,95), correspondiente a los servicios prestados, facturados y conciliados, entre marzo de 2013 y agosto de 2014, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, causándose intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley si vencido el plazo la convocante no cancela dicha obligación.*

*4. De oficio corregir los numerales sexto y séptimo de la parte resolutiva del laudo, los cuales quedan así:*

*SEXTO: Declarar la prosperidad parcial de la excepción propuesta por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. contra la demanda principal denominada: "Incumplimiento del contrato por la parte convocante".*

*SÉPTIMO: Negar todas las demás excepciones propuestas por PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P contra la demanda principal"*[[10]](#footnote-10)*.*

**1.11 La impugnación del laudo arbitral.**

La sociedad convocada interpuso de manera oportuna, el 5 de febrero de 2016, recurso extraordinario de anulación para controvertir el laudo arbitral mediante la proposición de las siguientes causales de anulación:

- Falta de competencia.

- Contener el laudo disposiciones contradictorias.

*-* Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

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

**1.12 Oposición a la impugnación.**

La parte convocante, mediante escrito radicado el 29 de febrero de 2016, se opuso a la prosperidad de las causales de anulación esgrimidas por Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P.; los planteamientos expuestos en su oposición al recurso extraordinario de anulación serán igualmente relacionados en el acápite de consideraciones de esta providencia.

**1.13** Tanto el Ministerio Público como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se abstuvieron de pronunciarse dentro del trámite del recurso extraordinario de anulación.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

**2.1 Régimen legal aplicable al presente caso.**

Se precisa que la Ley 1563 de julio 12 de 2012[[11]](#footnote-11) es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, dado que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido Estatuto[[12]](#footnote-12), por manera que ese medio extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo normado en el aludido conjunto normativo.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su Jurisprudencia, a través de la cual señaló que sólo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563[[13]](#footnote-13).

**2.2 Competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación.**

De conformidad con lo previsto por el numeral 7 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, Ley 1437 de 2011– y con lo normado en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

Pues bien, el laudo arbitral sometido a conocimiento de la Sala se dictó con el fin de dirimir las controversias suscitadas en relación con el contrato No. 048, celebrado el 22 de octubre de 2010 entre la Empresa de Aseo de Bucaramanga ­─EMAB─ S.A. E.S.P. y Proactiva Chicamocha S.A E.S.P. para Ia recolección, transporte, barrido de áreas públicas y gestión comercial del servicio de aseo en los ciclos 4 al 7 de la ciudad de Bucaramanga.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que si bien es cierto que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la forma en la cual puede actuar una entidad pública o privada, también lo es que dicho régimen no determina la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades al analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 y aquellos celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos tienen la naturaleza de contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivos diferentes[[14]](#footnote-14).

Para la Sala resulta claro que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer del presente asunto, comoquiera que la Empresa de Aseo de Bucaramanga ­─EMAB─ S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, con participación de capital público superior al 50%, de suerte que la convocante es una entidad estatal cuya naturaleza y definición legal se encuentra consagrada con toda precisión en el artículo 17[[15]](#footnote-15) de la Ley 142 de 1994 –según el cual, aquellas siempre deben estar organizadas como sociedades por acciones y se distinguirán con la sigla “ESP”–, tal como lo prescribe el artículo 19[[16]](#footnote-16) de esa misma normatividad, de donde se tiene que la EMAB S.A. E.S.P. constituye una de las diferentes especies que integran el género de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tal como se infiere de lo preceptuado por el artículo 15 de la citada Ley 142[[17]](#footnote-17).

Lo anterior habida consideración de que la participación de capital público en el capital social de la EMAB es claramente mayoritaria, pues según consta en la Escritura Pública No. 3.408 del 8 de octubre de 1998, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga[[18]](#footnote-18), la EMAB fue constituida el 8 de octubre de 1998 como resultado del proceso de escisión de las Empresas Públicas de Bucaramanga y de conformidad con la información consignada en el referido acto notarial, la composición accionaria de la EMAB se distribuye de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ACCIONISTA** | **No. DE ACCIONES** | **PARTICIPACIÓN** |
| Municipio de Bucaramanga | 170’728.988 | 99.99% |
| Instituto de Vivienda de Interés Social de Bucaramanga | 3 | 0.000017% |
| Área Metropolitana de Bucaramanga | 3 | 0.000017% |
| Cooperativa de Em- pleados de Empresas Públicas de B/manga | 3 | 0.000017% |
| Caja de Previsión Social de Bucaramanga | 3 | 0.000017% |

Acerca de este punto conviene precisar que la expresión *“empresas de servicios públicos”,* utilizada en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 con el fin de señalar a los únicos sujetos destinatarios de sus disposiciones, incluye por igual a todas las modalidades que pueden adoptar esas sociedades, de conformidad con la clasificación que al respecto recoge el artículo 14[[19]](#footnote-19) de la misma Ley 142, esto es ESP oficiales, mixtas o privadas. Ello por cuanto, de una parte, la norma no hace distinción alguna al respecto y, de otra parte, más importante aún, porque el inciso segundo resulta en extremo claro al señalar que ese artículo 32 *“… se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social…”.*

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

Pues bien, dentro del marco legal que se deja expuesto, se encuentra que el contrato de contrato No. 048, celebrado el 22 de octubre de 2010 entre la EMAB S.A. E.S.P. y Proactiva Chicamocha S.A E.S.P., para Ia recolección, transporte, barrido de áreas públicas y gestión comercial del servicio de aseo en los ciclos 4 al 7 de la ciudad de Bucaramanga, en el cual se originó el litigio *sub judice*, es un contrato de prestación de servicios públicos celebrado por una entidad pública, dado que esta actividad hace parte de los servicios públicos domiciliarios respectivos ─aseo o saneamiento básico─, en los términos del artículo 14.19 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual se encuentra sometido al régimen del derecho privado –Ley 142 de 1994 y, en su defecto, por remisión de ésta a las normas civiles y comerciales–.

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

De otro lado, conviene precisar que el recurso extraordinario de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[20]](#footnote-20), toda vez que la audiencia convocada para resolver la solicitud de aclaración y complementación del laudo arbitral se celebró el 23 de diciembre de 2015 y lo allí decidido se notificó por estrados, de suerte que el término para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral corrió desde el 24 de diciembre de 2015 hasta el 8 de febrero de 2016 y el escrito de impugnación extraordinaria fue presentado el 5 de febrero de esta última anualidad[[21]](#footnote-21).

**2.3** **El recurso extraordinario de anulación: su naturaleza y sus características**[[22]](#footnote-22)**.**

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

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

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

***iii)***Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo pero sólo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los Árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales de anulación de manera puntual y taxativa previstas en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

***iv)***Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra[[23]](#footnote-23), en consecuencia, en principio no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y menos aún para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación[[24]](#footnote-24).

***v)***El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”[[25]](#footnote-25).

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

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

Debe advertirse de entrada que, de acuerdo con lo expresado por la empresa convocada en su escrito de impugnación extraordinaria, el recurso de anulación se interpuso únicamente contra las decisiones contenidas en los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva del laudo, de suerte que las restantes decisiones adoptadas en dicho apartado de la providencia censurada quedaron fijados con la ejecutoria de la misma y no pueden ser materia de pronunciamiento alguno en el presente proveído.

**2.4.1** *Falta de competencia*.

**2.4.1.1** *Argumentos del recurrente*.

Sostuvo la parte convocada que la cláusula compromisoria del Contrato 048 de 2010, esto es, la número 38, expresamente dispone que *"[L]as diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas, se someterán a la decisión de un Tribunal de arbitramento…”*, lo que refleja que las partes expresamente acordaron que la competencia de los árbitros empezaba con la celebración del contrato, de manera que, como bien lo consideró el Tribunal en el auto mediante el cual avocó el conocimiento del caso, cualquier hecho o controversia ocurrida con anterioridad a la celebración del negocio jurídico escapaba por completo a la órbita de su competencia.

De ahí que en el Auto No. 17 del 15 de abril de 2015, contenido en el Acta No. 13 de esa misma fecha, correspondiente a la primera audiencia de trámite, el Tribunal expresamente hubiera dispuesto, de oficio y sin necesidad de manifestación o impugnación alguna de ninguna de las partes, que carecía de competencia para conocer de cualquier hecho o controversia anterior a la celebración del contrato. Por ello el Tribunal declaró su falta de competencia para conocer y pronunciarse sobre las tres primeras pretensiones de la demanda, encaminadas a que se declarara la nulidad de algunos actos precontractuales proferidos en el presente caso. Frente a esta decisión, relata la recurrente que fue la EMAB la que interpuso un recurso de reposición mediante el cual solicitó al Tribunal que revocara su decisión y que avocara el conocimiento de los asuntos y materias ocurridos durante la etapa precontractual, pedimento al cual se opuso la parte convocada con base en una simple lectura del contenido de la citada cláusula arbitral.

Al desatar esa impugnación, el Tribunal, a través de los Autos No. 17 y 18 contenidos en el Acta No. 13, del 15 de abril de 2015, ratificó íntegramente su decisión. Tal la razón por la cual ─según se expuso en el recurso de anulación─ Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. no interpuso recurso de reposición en contra del auto de competencia del Tribunal, *“pues no tenía ningún motivo constitutivo de la falta de competencia del Tribunal que pudiera hacer valer para que dicho auto fuera reformado o revocado, ya que habían sido los Árbitros los que de oficio habían tomado esa decisión, al punto de que, se insiste, no dudó en apoyarla cuando fue impugnada por la EMAB”*.

No obstante lo anterior, expresó la impugnante que en el laudo el Tribunal juzgó hechos y controversias que tuvieron lugar durante la etapa precontractual, en abierta violación del límite de competencia que el propio Tribunal había declarado en la primera audiencia de trámite, pues en el laudo impugnado se declaró la nulidad absoluta del contrato por ilicitud de su objeto, al considerar el Tribunal que se había incumplido o inobservado el principio de planeación en la estructuración del contrato que originó la presente controversia y, para arribar a esa conclusión, se adentró en el estudio y análisis de hechos y de circunstancias ocurridos durante la etapa precontractual, pese a que expresamente había declarado, confirmado y ratificado que no tenía competencia para tal fin.

Lo anterior habida consideración de que resulta imposible determinar si se trasgredió o no el principio de planeación sin analizar todas las circunstancias acaecidas en la etapa precontractual, esto es cuando la entidad diseñó y estructuró los términos y condiciones del contrato, incluyendo, por supuesto, los respectivos estudios previos.

Subrayó la impugnante que para el Tribunal Arbitral el principio de planeación se incumplió porque los estudios previos que antecedieron a la apertura del proceso de licitación y a la posterior celebración del contrato, contenían una serie de supuestas falencias que se explicaron en el laudo. Y como el incumplimiento del principio de planeación fue la causa que dio lugar a la configuración del supuesto vicio de nulidad absoluta del contrato, es dable para la recurrente concluir que las consideraciones que sirvieron de fundamento a las decisiones contenidas en los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva del laudo, se basaron en hechos ocurridos con anterioridad a la celebración del contrato, respecto de los cuales el propio Tribunal había manifestado que carecía de competencia para enjuiciarlos.

Añadió la impugnante que el hecho de que el Tribunal hubiera declarado que carecía de competencia para conocer de controversias ocurridas durante la etapa precontractual tuvo un efecto significativo en la estrategia procesal que diseñó y siguió Proactiva para la práctica de las pruebas y para la presentación de los respectivos alegatos de conclusión. Ello en consideración a que, a partir del auto de competencia,

“… para Proactiva no fue necesario enfocarse en hechos que tuvieron lugar previo a la celebración del Contrato, pues era claro que el Tribunal no emitiría ningún fallo o decisión sobre ese particular.

(…)

Sin embargo, sorpresivamente en el Laudo el Tribunal se pronunció sobre esas mismas materias respecto de las cuales había declarado que no tenía competencia, vulnerando así los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de Proactiva”.

**2.4.1.2** *Oposición a la causal.*

En cuanto a la solicitud de anulación del laudo por falta de competencia del Tribunal, la parte convocante señaló que en la primera audiencia de trámite el Tribunal de Arbitramento expidió el auto No. 17, mediante el cual analizó su ámbito competencial y se declaró incompetente para pronunciarse sobre las pretensiones 1, 2, y 3 de la demanda de la EMAB, que buscaban la declaratoria de nulidad de algunos actos administrativos precontractuales, con el argumento de que la cláusula compromisoria, tal cual fue redactada, no incluyó la etapa precontractual.

Sin embargo, recordó el libelista que las cuatro primeras pretensiones de la demanda son independientes y no fueron formuladas de manera consecuencial, de suerte que la declarada falta de competencia para conocer de las tres primeras pretensiones, en nada afectaba a la pretensión de nulidad absoluta del contrato No. 048 de 2010 ─pretensión cuarta─; además, señaló que la nulidad absoluta del contrato No. 048 fue alegada y sustentada por objeto ilícito con base en las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio ─en la medida en que el régimen jurídico aplicable al contrato demandado es el derecho privado─ y no con apoyo en la causal del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es la declaratoria de nulidad del contrato estatal ante la anulación de los actos precontractuales en los cuales se fundamenta.

Agregó el memorialista que el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 es claro en señalar que las causales 1, 2 y 3 de anulación sólo pueden invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia y como la EMAB no interpuso el recurso de reposición contra el auto No.17 del Tribunal Arbitral, en el cual éste delimitó su competencia, entonces en el escrito contentivo del recurso de anulación estructuró el argumento en virtud del cual no podía hacerlo ─impetrar el recurso de reposición aludido─ porque fue el Tribunal el que de oficio se declaró incompetente para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda arbitral de la EMAB.

Sin embargo, sostuvo la EMAB en su escrito de oposición al recurso extraordinario de anulación que al no impetrar el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, Proactiva Chicamocha desconoció que dicho auto No. 017 del Tribunal fue de competencia parcial, pues en su numeral primero se declaró sin competencia para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones primera, segunda y tercera, pero en el numeral segundo se declaró competente para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y décima primera de la demanda de la EMAB, de tal manera que si Proactiva consideraba que el Tribunal Arbitral *“no era competente para pronunciarse sobre la etapa precontractual, le correspondía reponer el numeral segundo del auto No. 17 con el argumento que carecía de objeto que el tribunal arbitral se pronunciase sobre el resto de las pretensiones si las tres iniciales no las iba a conocer”*.

Agregó la EMAB que el Tribunal de Arbitramento declaró la nulidad absoluta del contrato porque en sus cláusulas se encuentran las evidencias de la ausencia de planeación contractual, si se tiene en cuenta que los defectos en el diseño del contrato que pusieron a la entidad pública en una inviable situación financiera, fueron elevados a cláusulas contractuales. En definitiva, a juicio de la EMAB

“… una cosa es abstenerse de realizar pronunciamiento alguno sobre las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad de los actos precontractuales porque la cláusula compromisoria tal y como fue redactada, el tribunal arbitral consideró que su competencia inicia desde la celebración del contrato, situación que definitivamente el tribunal observó, **pues sobre tales pretensiones relacionadas con la etapa precontractual no hubo pronunciamiento alguno en la parte resolutiva del laudo,** pero otra cosa muy distinta es que el Tribunal de arbitramento como juez natural del contrato demandado no pueda analizar los hechos que configuraron la nulidad absoluta del contrato, es decir la pretensión cuarta de la reforma de la demanda de la EMAB, pretensión sobre la que ciertamente el Tribunal arbitral es competente.

Es que el Tribunal Arbitral si bien manifestó no pronunciarse sobre las pretensiones encaminadas a la declaratoria de nulidad de los actos precontractuales, en ninguna parte del auto No. 17 aparece que se haya negado la facultad legal de estudiar la etapa precontractual, la recurrente hace una interpretación equivocada y sesgada del contenido del auto evidentemente para sustentar la viabilidad de su recurso de anulación” *(énfasis en el texto original)*.

Por lo demás, el libelista expresó que la parte convocada sí desplegó una ingente actividad probatoria dentro del proceso arbitral, encaminada a arrimar al expediente material demostrativo relacionado con las circunstancias que rodearon la fase precontractual en el presente caso, de suerte que carece de asidero la afirmación de Proactiva Chicamocha en el sentido de que se vio sorprendida por la decisión que respecto de la nulidad absoluta del contrato se adoptó en el laudo impugnado.

**2.4.1.3** *Análisis de la Sala*.

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

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

Como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[26]](#footnote-26), al inicio del proceso arbitral el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, de conformidad con el alcance del denominado principio *kompetenz-kompetenz*[[27]](#footnote-27). Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes[[28]](#footnote-28). El citado principio *kompetenz-kompetenz* estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998 y actualmente lo recoge el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno contencioso administrativo, sin perjuicio de la procedencia del recurso de anulación contra la decisión que respecto de dicho extremo adopte el Tribunal Arbitral. Según lo previsto en el artículo 30 *ibídem*, la decisión sobre competencia debe tomarse en la primera audiencia de trámite, por medio de auto contra el cual sólo procede el recurso de reposición.

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

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

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

Para el ejercicio de la acción de tutela, que también procede contra los laudos arbitrales, además de satisfacer las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción, es relevante la causal específica del defecto orgánico, que se produce cuando una atribución se ejerce por un órgano que no es su titular. El principio kompetenz-kompetenz implica que el tribunal de arbitramento tiene un margen de autonomía para fijar su propia competencia, de modo que para que se configure un defecto orgánico es necesario que el tribunal haya ‘obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles’” *[[29]](#footnote-29)* *(énfasis añadido)*.

**Descendiendo los anteriores planteamientos al presente caso**, en criterio de la Sala resulta clara la improcedencia de estudiar el contenido de los planteamientos expuestos por la convocada para sustentar este cargo en el recurso extraordinario de anulación, comoquiera que la falta de competencia del Tribunal que alega en su impugnación del laudo arbitral no fue puesta de presente a dicho Tribunal a través de la interposición del recurso de reposición en contra del auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento avocó el conocimiento del litigio, presupuesto legal de procedencia de la invocación de esta causal de anulación del laudo, cuyo agotamiento se echa en falta en el presente asunto.

No resulta de recibo, entonces, el argumento esgrimido por Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. para excusar la falta de interposición del recurso de reposición en contra del auto de asunción de competencia por parte del Tribunal Arbitral, cuando en dicha providencia quedó completamente claro que si bien es verdad que los árbitros se abstendrían de efectuar pronunciamiento alguno respecto de las tres primeras pretensiones de la demanda principal ─encaminadas a que se declarara la nulidad de sendos actos administrativos precontractuales proferidos dentro del procedimiento de selección del contratista adelantado de forma previa a la celebración del contrato en cuya celebración y ejecución tiene su origen la controversia *sub judice─*, no es menos cierto que igualmente el Tribunal de Arbitramento se consideró competente para estudiar, sin límites de ningún tipo, la vocación de prosperidad de las restantes pretensiones de la demanda instaurada por la EMAB, incluidas la cuarta y la quinta, orientadas a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato No. 048 de 2010 por infracción de las disposiciones tanto constitucionales como legales que, efectivamente, el Tribunal Arbitral consideró desconocidas y como consecuencia de ello anuló el contrato de marras en el laudo impugnado.

Dicho en otros términos, si Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. quería plantear la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad del contrato estatal enjuiciado por la violación al principio de planeación en su proceso previo de estructuración, como desde la demanda inicial misma se deprecó ─razón por la cual tampoco resulta de recibo el argumento esgrimido por la convocada en el sentido de que se vio “sorprendida” con el pronunciamiento sobre la nulidad del negocio jurídico que se realizó en el laudo censurado, toda vez que resultaba previsible que los árbitros se pronunciaran respecto de la conformidad a Derecho del contrato desde la perspectiva de las disposiciones invocadas como infringidas por el demandante, como en efecto ocurrió y además fue efectivamente previsto por la parte convocada, que por esa razón seguramente elevó varias pretensiones subsidiarias en su demanda de reconvención, fundamentadas en el supuesto de que el Tribunal anulara el contrato por haberse violado el principio de planeación─, debió interponer el recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal Arbitral asumió competencia, para solicitarle que se declarara igualmente sin ella a efectos de pronunciarse sobre la validez del contrato, por razón del desconocimiento del principio de planeación o por cualquier otra causa.

Sin embargo, no puede la Sala pasar por alto que aún cuando, en gracia de discusión, se admitiera ─que no se admite─ la plausibilidad de las razones aducidas por la empresa convocada para no haber impetrado el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia proferido por el Tribunal con el fin de agotar el presupuesto de procedibilidad de la causal de anulación que ahora se estudia, de modo que hubiere que examinar el asidero que pudiere tener el planteamiento por cuya virtud el contenido de la cláusula compromisoria estipulada en el contrato No. 048 de 2010, que origina este litigio, no permitía al Tribunal Arbitral estudiar la invalidez del contrato originada en hechos acaecidos antes de su celebración, no podría concluirse cosa distinta a que semejante postura tampoco podría ser prohijada.

Ello si se tiene en cuenta que en el referido pacto arbitral se convino que *“[L]as diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de* ***la celebración, ejecución, desarrollo****, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento”*, estipulación por cuya virtud **toda** controversia a la cual diera lugar ***la celebración, ejecución o desarrollo*** del negocio jurídico en cuestión, con independencia de la naturaleza o del momento en el cual hubieren acaecido las circunstancias que condujeren a que quedara planteado el diferendo correspondiente, tendrían que ser dirimidas por el Tribunal Arbitral.

En ese orden de ideas, el Tribunal no podía entrar a realizar distinciones respecto del tipo de factores o de acontecimientos con la virtualidad de incidir en la celebración, ejecución o desarrollo del negocio jurídico, menos aún si la divergencia surgida entre las partes guardaba relación con la validez del mismo, pues en lo atinente a dicho extremo, naturalmente el juez del contrato, libre y voluntariamente escogido por las partes, había quedado facultado para pronunciarse en virtud de lo pactado en la cláusula compromisoria, más allá de que los hechos u omisiones con la potencialidad de conducir a la anulación del vínculo negocial hubieren acaecido de forma previa a su perfeccionamiento, pues finalmente las irregularidades detectadas en punto de la observancia de los dictados del principio de planeación, proyectan sus efectos justamente en la legalidad de la **celebración** del contrato, materia respecto de la cual, sin lugar a la menor hesitación, la cláusula compromisoria había dejado investido de competencia para pronunciarse al Tribunal de Arbitramento.

Por lo demás, aceptar la corrección del argumento de acuerdo con el cual el Tribunal Arbitral no se encontraba facultado para declarar la nulidad del contrato una vez estableció que el mismo se había celebrado con flagrante desconocimiento del principio de planeación, supondría no sólo privar de efecto útil los alcances que las partes dieron a la cláusula compromisoria en la cual convinieron, en clara contravía de la que fue su prístina voluntad libremente consignada en la estipulación en comento ─esto es, que el Tribunal de Arbitramento se ocupara de dirimir **cualquier** controversia atinente **a la celebración** del contrato, con mayor razón si el litigio alude a la validez del mismo─, sino también patrocinar cierta suerte de inadmisible *fraccionamiento* de la realidad fáctica acreditada en el proceso, la cual puso de presente ─según lo analizado y concluido por el Tribunal─ que se había incurrido en un significativo número de irregularidades en sede de planeación del contrato que tenían la potencialidad de comprometer la **validez de la celebración** del mismo comoquiera que impactaron en el contenido y alcance de las estipulaciones que hicieron parte de su clausulado.

Tampoco puede perderse de vista que el planteamiento de la empresa convocada conduciría a inactivar la facultad del juez del contrato de declarar, incluso de oficio, la nulidad absoluta del mismo cuando ella se encuentre demostrada en el proceso y dentro del mismo se haya garantizado el derecho de audiencia y de defensa de las partes en la relación negocial.

Resulta útil en este lugar dar aplicación a las reglas de interpretación que en materia de contratos se hallan disciplinadas en el Código Civil, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el artículo 1620 de dicho Estatuto, consagratoria del principio en virtud del cual el juez ha de convenir en una interpretación de la cláusula de dudoso significado tratando de buscar el máximo efecto útil de ella, herramienta interpretativa de la cual ha expresado la Sección Tercera que se trata de un

“… principio que con la mejor doctrina encuentra la siguiente razón de ser:

‘El fundamento común de las aplicaciones del principio de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico ‘contrato’ por parte de los contratantes tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio), y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, utilitatis causa, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución”[[30]](#footnote-30).

(…)

Esta es, en sentir de la Sala, la interpretación más ajustada al contenido del negocio y aquélla que por lo demás permite encontrar el máximo de utilidad de las cláusulas objeto de interpretación, principios éstos que son de cabal aplicación en el ámbito de la contratación estatal por así disponerlo expresamente el art. 23 de la ley 80 de 1993.

En efecto, dispone la norma lo siguiente:

"Art. 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTI DADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, l**as reglas de interpretación de la contratación**, los principios generales del derecho y las particulares del derecho administrativo"*[[31]](#footnote-31)* *(negrillas fuera de texto)*.

Vistas así las cosas, esto es, aplicando al presente caso las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1620 y 1622 del Código Civil que enseñan que ha de preferirse la interpretación que produzca algún efecto a aquélla que no lo produzca ─principio de conservación del negocio o *favor contractus*─ y la referida a la denominada interpretación sistemática, esto es la que impone una hermenéutica recíproca de las cláusulas del contrato, pues se parte de la base de que el significado y alcance de cada una de ellas de forma aislada resulta diferente de la comprensión que se deriva de considerarlas todas en conjunto, por manera que debe preferirse una interpretación del contrato como “un todo coherente”[[32]](#footnote-32), se tiene que en modo alguno podría acogerse la interpretación del pacto arbitral promovida por la sociedad impugnante.

Ello si se tiene en cuenta que, más allá del tenor literal y de lo probablemente confuso de dicha estipulación, lo cierto es que la nulidad del negocio jurídico solamente puede y/o debe entrar a estudiarse con posterioridad a la celebración del mismo, pero las causales que pueden dar lugar a la configuración de vicios que afectan la validez del contrato se sustentan en hechos o en circunstancias cuyo acaecimiento necesariamente debe tener lugar con antelación al surgimiento a la vida jurídica del acuerdo negocial. De este modo, el juez natural del contrato, que para el asunto *sub judice*, por expresa y voluntaria decisión contractualmente adoptada por las partes en uso de la autonomía de su voluntad es el Tribunal Arbitral, llamado a ser, por consiguiente, el juez de la legalidad del negocio jurídico, solamente podrá pronunciarse sobre su validez fijando su mirada en lo acontecido previamente a la celebración del contrato.

Por consiguiente, privaría de efecto útil desde este punto de vista a la cláusula compromisoria y comportaría una lectura asistemática de la misma tanto dentro del contexto del negocio jurídico en el cual se incorpora como en el de la normatividad aplicable al mismo, la interpretación literalista y exegética de dicha estipulación que propone la parte recurrente, de suerte que una hermenéutica sistemática y finalística de la previsión contractual aludida no puede conducir a conclusión distinta de la consistente en que el juez del contrato es competente para estudiar la validez del mismo y pronunciarse sobre si se ha configurado alguna causal que determine su nulidad, cosa que naturalmente sólo resultará ontológica y jurídicamente posible con posterioridad a la celebración del contrato, pero que comporta la realización de un análisis que indefectiblemente debe proyectarse respecto de acontecimientos o de circunstancias relativas a la fase previa al surgimiento a la vida jurídica del negocio respectivo.

Por todo lo anotado, la causal de anulación en estudio deberá declararse infundada.

**2.4.2** *Contener el laudo disposiciones contradictorias*.

**2.4.2.1** *Argumentos del recurrente*.

Sostuvo que el numeral 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 condiciona la procedencia de la causal de anulación contenida en esta norma ─errores o contradicciones del laudo─, al hecho de que las circunstancias en que se fundamenta dicha causal hayan sido alegadas oportunamente ante el tribunal arbitral, requisito que se cumple cuando la parte pone de presente los errores o disposiciones contradictorias del laudo en conocimiento del tribunal arbitral en la solicitud de aclaración, corrección y/o complementación que presente dentro de los cinco (5) días siguientes a la realización de la audiencia dentro de la cual se profiere el laudo.

Destacó que en el presente caso se cumplió a cabalidad con el mencionado requisito de procedibilidad, toda vez que las que a su entender son disposiciones contradictorias del laudo, fueron sometidas a consideración del Tribunal Arbitral en el escrito de solicitud de aclaración, corrección y adición presentado por Proactiva Chicamocha el 21 de diciembre de 2015. Sin embargo, a través del auto No. 46 del 23 de diciembre de 2015, el Tribunal despachó desfavorablemente todas las anotadas solicitudes.

En criterio de la recurrente,

“… el Laudo contiene disposiciones contradictorias, tanto en la parte considerativa como en la resolutiva, las cuales configuran la causal de anulación aquí invocada, y sirven como sustento de la procedencia de la misma.

(…)

En efecto, no de otra forma puede entenderse el hecho de que, en la parte considerativa, primero se pronuncie nuevamente sobre su falta de competencia para conocer de hechos ocurridos en la etapa precontractual, para luego adentrarse en el estudio y análisis de asuntos y circunstancias que tuvieron lugar con anterioridad a la suscripción del Contrato. Y mucho menos puede entenderse el hecho de que, en la parte resolutiva, haya ratificado esa decisión sobre su competencia, siendo que, a renglón seguido, anuló el contrato por considerar que en la etapa que antecedió a su suscripción no se observó con rigurosidad el principio de planeación”.

**2.4.4.2** *Oposición a la causal.*

En criterio de la EMAB, en modo alguno existen en el laudo las contradicciones alegadas por la convocada, pues el Tribunal falló en forma coherente y lógica, pero por sobre todo respetando el marco competencial que él mismo había fijado. Así pues, en criterio del memorialista, en la parte resolutiva de la providencia impugnada no existen contradicciones; en el numeral primero de dicho apartado, de hecho, el Tribunal insiste en su falta de competencia para pronunciarse respecto de las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda principal, lo cual efectivamente no hizo.

Subrayó el interviniente que la declaratoria de nulidad recayó en el contrato No. 048 de 2010, de suerte que la controversia *sub lite* surgió en relación con la etapa de celebración del contrato, respecto de la cual estaban sin duda habilitados los árbitros para conocer y pronunciarse a partir del contenido de la cláusula compromisoria. Señaló el memorialista que

“… los hechos o evidencias que originaron la nulidad del contrato como se vio anteriormente, están contenidos en las cláusulas del contrato No. 048 de 2010, tan contundente es lo dicho que ninguna razón hubiese habido para demandar el contrato si la ausencia de planeación contractual naciera y feneciera en la etapa precontractual sin extenderse al contrato mismo, sin embargo, cláusulas contractuales como la distribución de los ciclos al operador, la remuneración contractual, el plan de ajuste, o la fijación de horarios y rutas, entre otros, de la manera en que fueron concebidas evidenciaban la violación del principio de la planeación”.

**2.4.4.3** *Análisis de la Sala*.

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

Lo anterior a efectos de permitir que el Tribunal Arbitral tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en los cuales hubiere podido incurrir o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo[[33]](#footnote-33).

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

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

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

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

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutiva toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión. Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutiva cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutiva porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutiva toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente, no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutiva, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido”[[34]](#footnote-34).

Resta por precisar, en relación con este extremo, que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético o derivado de la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente, deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de las 4 antecitadas operaciones matemáticas o bien a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o en la digitación, mas no a interpretaciones jurídicas ya sea relacionadas con alguno de los problemas jurídicos sometido a decisión de la autoridad judicial respectiva, bien atinentes a la manera en la cual el Tribunal debía realizar los cálculos o definir la fórmula u operación matemática a aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto[[35]](#footnote-35).

**Trayendo los anteriores planteamientos al asunto *sub lite***, en criterio de la Sala los argumentos expuestos por la parte recurrente para atacar el laudo arbitral por este concepto no se encuadran en la descripción que se ha dejado expuesta respecto de los alcances de esta causal; salta a la vista que lo realmente buscado por la impugnante al invocar la causal que ahora se examina es la reapertura de la discusión, que quedó zanjada con el dictado del laudo impugnado, en punto de la interpretación normativa llevada a cabo por el Tribunal de Arbitramento para resolver el caso, argumentación que la empresa convocada no comparte y que por ello pretende que sea reformulada en este lugar, opción que desborda el marco dentro del cual puede moverse el juez del recurso extraordinario de anulación, el cual en principio debe limitarse a estudiar si se han producido yerros *in procedendo* más no *in iudicando* dentro del proceso arbitral, ni siquiera con el fin de estudiar si se ha dictado, o no, un laudo en conciencia cuando se ha pactado un arbitramento en Derecho, con menor razón todavía si lo que se propone revisar es la pretendida ocurrencia de errores formales en la parte motiva de la decisión arbitral ─como los aritméticos, de digitación, transcripción, etcétera─.

Al plantear la existencia de una supuesta contradicción entre **los argumentos** esgrimidos por el Tribunal Arbitral para reiterar en el laudo impugnado lo que ya previamente había decidido ─en el auto de asunción de competencia proferido dentro de la primera audiencia de trámite surtida dentro del trámite arbitral─ respecto de su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda principal y de la de reconvención, de un lado y, de otro, lo resuelto en punto de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato No. 048 de 2010 y de sus otrosíes, en la parte decisoria de la providencia enjuiciada, evidente aparece que la impugnante no busca cosa diferente de reabrir el debate argumentativo encaminado a establecer si había lugar ─por tener competencia para ello─ o no, a que el Tribunal se pronunciara sobre la vocación de prosperidad de las correspondientes pretensiones anulatorias, cuestión que no sólo va mucho más allá de la identificación de un posible yerro formal en el laudo ─que es a lo que alude la segunda causal invocada por la recurrente y que ahora se estudia─ sino que además se solapa con el fundamento sobre la base del cual se estructuró la primera de las causales de anulación aducidas en el recurso extraordinario que aquí se desata, de suerte que basta con remitirse a lo expresado previamente en este proveído para despachar el primero de los aludidos ataques enderezados por la impugnante en contra del laudo enjuiciado.

La causal en estudio, por consiguiente, resulta infundada.

**2.4.3** *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.*

**2.4.3.1** *Argumentos del recurrente*.

Reiteró la impugnante que fue el propio Tribunal el que, de oficio, declaró, confirmó y ratificó que carecía de competencia para conocer de cualquier hecho o controversia anterior a la celebración del contrato, esto es, de la etapa precontractual, habida cuenta de que se trata de materias excluidas de la cláusula arbitral. Así pues, esa decisión habría redundado en el hecho de que de la demanda quedaron excluidas todas las pretensiones que encontraban su *causa petendi* en hechos que tuvieron ocurrencia con anterioridad a la celebración del contrato, pues se trata de materias excluidas de la órbita de competencia del Tribunal, según su propia decisión. Para la recurrente, entonces,

“… con la declaratoria de incompetencia parcial por parte del Tribunal terminó de trabarse la litis, pues así como no podía decidir sobre materias que no se encontraban en la demanda, tampoco podían hacerlo sobre aquellas respecto de las cuales los propios Árbitros habían decidido que carecían de competencia.

(…)

En ese orden de ideas, cualquier decisión que recaiga sobre materias que no están comprendidas en la demanda, y/o que hayan quedado excluidas de la órbita de competencia de los árbitros, automáticamente se convertirá en un fallo extra petita. Porque tanto vale que el Tribunal no pueda pronunciarse sobre unos determinados hechos y pretensiones, como no haberlos incluido en la demanda, ya que, en uno y otro caso, no puede haber decisión de los árbitros sobre aquellos ni sobre éstas.

(…)

En efecto, al declarar el Laudo la nulidad absoluta del Contrato por haberse incumplido el principio de planeación, no hizo costa distinta de pronunciarse sobre aspectos o puntos excluidos de la demanda, pues se trata de hechos ocurridos con anterioridad a la celebración del Contrato”.

**2.4.3.2** *Oposición a la causal.*

A juicio de la EMAB, *“siendo el mismo fundamento de hecho utilizado para sustentar las dos anteriores causales, esta causal realmente está inmersa en la causal de falta de competencia”*.

**2.4.3.3** *Análisis de la Sala*.

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

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

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

“… la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998*[[36]](#footnote-36)*, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.*[[37]](#footnote-37)*

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

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

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

3. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente”*[[38]](#footnote-38)* *(se resalta)*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En primer término, por cuanto hace a que el Tribunal Arbitral se habría pronunciado, al resolver las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, sobre puntos no sujetos a su revisión, aprecia la Sala que lo realmente pretendido por la impugnante con este ataque es controvertir, una vez más, los argumentos de fondo que expuso el Tribunal para resolver la materia sometida a su conocimiento.

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

Como con acierto lo puso de presente en su intervención la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. E.S.P., a través de este tercer motivo de ataque contra el laudo, la parte convocada simplemente vuelve a plantear los mismos argumentos con apoyo en los cuales, a su entender, el Tribunal Arbitral carecía de competencia para declarar la nulidad absoluta del contrato No. 048 de 2010 y de sus otrosíes, de manera que, en realidad, esta tercera causal de anulación se sustenta en las mismas razones que sirvieron de base a la formulación de la primera ─la alegada falta de competencia─, que ya fue despachada desfavorablemente en la presente providencia.

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

**2.5 Costas y agencias en Derecho**.

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

En el presente asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del trámite del recurso extraordinario de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar a la condena por las agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

Los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura. En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta ***i)*** la naturaleza, ***ii)*** la calidad y ***iii)*** la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa– mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas correspondientes a las Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales y señaló, en relación con el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, una tarifa de hasta 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes[[40]](#footnote-40).

Por tanto, en los términos de lo previsto en el Acuerdo No. 1887 de 2003[[41]](#footnote-41), dado que no prosperó el recurso de anulación interpuesto por Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. y atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad y a la duración útil de la gestión realizada por la entidad pública convocante, Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P., pagará a favor de la EMAB S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

**RESUELVE :**

**PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P., contra el laudo proferido el día 14 de diciembre de 2015, dentro del proceso arbitral que se adelantó entre la Empresa de Aseo de Bucaramanga, EMAB S.A. E.S.P. como parte convocante y Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. como parte convocada.

**SEGUNDO.- CONDÉNASE** a Proactiva Chicamocha S.A. E.S.P. a pagar a favor de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, EMAB S.A. E.S.P., la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 325-328, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 127, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 139-142, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 136-139, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 142-143, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 145-152, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 180-325, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 336-338, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 339-341, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl. 356, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: *“A****rtículo 119.*** Vigencia*. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”*. [↑](#footnote-ref-11)
12. La demanda arbitral se presentó el día 15 de abril de 2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Sala Plena–, providencia de 6 de junio de 2013, exp. 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45.922); Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.838; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras decisiones. [↑](#footnote-ref-14)
15. Así reza el texto del artículo 17 de la Ley 142 de 1994:

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

    *“PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado”.*  [↑](#footnote-ref-15)
16. A continuación se transcribe el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que a la letra dice:

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

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

    *“19.2. La duración podrá ser indefinida.*

    *“19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.[…]”*  [↑](#footnote-ref-16)
17. *“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:*

    *“15.1. Las empresas de servicios públicos.*

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

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

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

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

    *“15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls. 64-116, c. 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al clasificar los diferentes tipos de Empresas de Servicios Públicos, dispuso:

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

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

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

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

    [↑](#footnote-ref-19)
20. El artículo en mención preceptúa: *“Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición”*. [↑](#footnote-ref-20)
21. Fls. 390-405, c. Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-21)
22. Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379. [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional, sentencia C-572-A de 2014. [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional, sentencia C-765 de 2013. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Constitucional, sentencia C-572-A de 2014. [↑](#footnote-ref-29)
30. Nota original de la sentencia citada: Cfr. MESSINEO, Francesco, Ob. Cit, pág. 116. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1998; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación: 11966. [↑](#footnote-ref-31)
32. Así lo ha expresado la doctrina: *“Esto significa que cada cláusula, arrancada del conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y que solamente de la correlación armónica de cada una con las otras y de la luz que se proyecta recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas tomadas en el conjunto. El contrato, en efecto, no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico"*. Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo 11, Egea, Buenos Aires, p. 107. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 25021. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de marzo de 2011; Radicación: 39.496. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1408 del 25 de abril de 2002. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de julio de 2016; Radicación: 11001-03-26-000-2015-00148-00 (55.477). [↑](#footnote-ref-35)
36. Nota original de la sentencia citada: En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-36)
37. Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: *“En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”*  [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006. Expediente 15898. [↑](#footnote-ref-39)
40. Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, numeral 1.12.2.3. [↑](#footnote-ref-40)
41. El artículo segundo define las agencias en derecho: *“Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento”.* [↑](#footnote-ref-41)