**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Oportunidad**

El recurso de anulación fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, teniendo en cuenta que el laudo arbitral se profirió el 31 de mayo de 2017 y, según lo certificó el Secretario del tribunal arbitral, aquél fue interpuesto el 17 de julio de 2017, es decir, dentro de los 30 días hábiles siguientes.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Competencia**

El artículo 46 de la ley 1563 de 2012 fijó el marco de competencia general para el conocimiento de los recursos procedentes contra los laudos arbitrales…En este caso, la controversia está relacionada con el “CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ASEO DOMICILIARIO” 089, celebrado el 20 de diciembre de 2004 entre el hoy distrito especial de Buenaventura y Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., de modo que el laudo arbitral definió un conflicto relativo a un contrato en el que es parte una entidad pública, por lo cual la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, en única instancia.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Finalidad**

La discusión sobre la validez de las normas aplicadas y su valoración por el tribunal de arbitramento no puede ser abordada a través del recurso extraordinario de anulación, pues ello compromete el estudio de fondo del caso, lo cual no puede ser objeto de análisis y pronunciamiento por el Consejo de Estado, porque su competencia se limita a examinar el laudo por vicios en el procedimiento y solo, excepcionalmente, por vicios de fondo, en los casos señalados por la ley…se trata de imputaciones que sólo podrían ser consideradas al abordar de fondo el estudio del caso, lo que no le está permitido al juez en el marco del recurso extraordinario de anulación, puesto que la finalidad de éste no se dirige a examinar si el tribunal obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, como si se tratara de un recurso ordinario de apelación, sino que las facultades de la Sala se limitan a analizar si se configuraron las causales taxativas de anulación previstas en la ley, las cuales están diseñadas, como ya se dijo, para controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo* y sólo excepcionalmente, en los casos previstos por la ley, por errores *in judicando*…En el análisis de las causales de anulación se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política, al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros y, por ende, renuncian a someter sus controversias a la vía ordinaria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese sentido, teniendo en cuenta la legislación acerca del procedimiento arbitral, el pacto correspondiente implica que las partes están de acuerdo en acudir a una decisión que se proferirá por los árbitros en única instancia. En el contexto legal del procedimiento arbitral, se entiende que, en virtud del pacto respectivo, las partes acuerdan solucionar sus conflictos por la vía de un procedimiento expedito, en el cual se cierra el paso a los asuntos propios de una segunda instancia, como, por ejemplo, la oportunidad de un segundo juicio de valor, una nueva apreciación o una opinión alterna sobre la forma como el contrato debería ser interpretado o sobre el peso específico de las pruebas, lo cual, en el evento del laudo, se decidirá en única instancia, por parte del tribunal de arbitramento.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Procedencia**

Según la jurisprudencia de la Sección, se considera que el laudo es en derecho cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; por ello, dado que la nulidad de la cláusula no se ha declarado, su valoración y aplicación al caso concreto, correcta o errada, no demuestra la configuración de la causal de anulación alegada…La Sala advierte, como ya en otras ocasiones lo ha hecho, que siendo el proceso arbitral de única instancia la causal de anulación del laudo referida al fallo en conciencia o en equidad no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas hecho por el tribunal…Ha dicho también la Sección que no es admisible controvertir el laudo a través del recurso de anulación aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia, sino evidentemente de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, pues no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación. Así las cosas, dado que la decisión se basó en las reglas que rigieron el contrato, así como en la valoración que el tribunal realizó de las pruebas aportadas al proceso, lo que se debe concluir es que el laudo se profirió en derecho, aunque la parte recurrente no comparta la valoración normativa y la probatoria que sustentó la decisión…Verificado el contenido del laudo arbitral acusado, salta a la vista que fue proferido con base en la aplicación que del derecho positivo vigente hicieron los árbitros y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de sus razonamientos jurídicos, de la aplicación de la ley o de la interpretación que efectuaron del contrato sometido a su consideración o del mérito que le otorgaron al acervo probatorio, pues ese no es el objetivo del recurso de anulación y mucho menos son argumentos para fundamentar la causal 7ª de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Para la Sala, es evidente que el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas que hizo, como tampoco respecto del alcance que le imprimió el tribunal de arbitramento al contenido obligacional del contrato de concesión, apoyado en las normas que rigieron el negocio jurídico; porque las apreciaciones y conclusiones del laudo fueron producto de su estudio, lo que demuestra que la decisión, acertada o no –no corresponde a la Sala determinarlo–, no se basó, como planteó el recurrente, en razones de equidad justicia o en las más íntimas convicciones de los árbitros. Lo antes anotado está en consonancia con el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563, el cual establece de manera perentoria que *“*La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo” (destaca la Sala). Insiste la Sala que la decisión equivocada, si la hay, no se identifica con la decisión en conciencia ni en equidad, de modo que la aducción de la causal de anulación no puede justificar la revisión, por parte del juez del recurso extraordinario, de la argumentación jurídica elaborada por el tribunal de arbitramento, pues, de ser así, so pretexto de su interposición se desconocería la convención celebrada por las partes, en virtud de la cual se sustrae el conflicto del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para someterlo a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia, lo que justifica que el recurso de anulación no constituya una nueva, pues las causales previstas para su interposición están dirigidas, en principio, a corregir errores *in procedendo* y, de manera excepcional, errores *in judicando*, caso en el cual los límites del juez están claramente definidos en la ley. Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia o en equidad, sino de una decisión en derecho, producto de la interpretación y aplicación de las normas que regularon el contrato por parte del juez arbitral, con el fin de resolver la controversia que fue sometida a su consideración, sin que pueda predicarse que se estructura un fallo en conciencia o en equidad por el simple hecho de que la decisión tomada en el laudo no coincida necesariamente con las argumentaciones o apreciaciones de la recurrente, motivo por el cual se declarará infundado el recurso de anulación. En conclusión, la causal alegada no prospera, de un lado, porque, en relación con la aseveración de que los árbitros se apartaron del ordenamiento jurídico colombiano, lo que se observa a partir de su contenido es que el fallo se basó en las normas que rigieron la relación contractual, aunque la parte no comparta el análisis que sobre ellas realizó. Al respecto, cabe resaltar que el contrato y demás documentos que lo conforman es ley para las partes y por eso su aplicación integra la noción de fallo en derecho, de tal manera que cuando a él se acude para resolver el conflicto, así sea en un sentido distinto al que argumentan las partes, se erradica la posibilidad de imputar la anulación del laudo por el fallo en conciencia o en equidad. De otra parte, porque, en relación con la aseveración de que se falló sin consideración a las pruebas obrantes en el plenario, se encontró que el tribunal de arbitramento se refirió a cada una de las pruebas del proceso y las valoró en derecho y de acuerdo con los criterios de la sana crítica.

**COSTAS PROCESALES – Recurso extraordinario de anulación – Procedencia**

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que, si ninguna de las causales prospera, se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público. En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación y tampoco que se hubieren causado agencias en derecho, toda vez que el distrito de Buenaventura no presentó actuación alguna durante el trámite del recurso extraordinario de anulación; por ello, no se condenará en costas al recurrente

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00123-00(59878)**

**Actor: BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.**

**Demandado: DISTRITO ESPECIAL DE BUENAVENTURA**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto el 17 de julio de 2017[[1]](#footnote-1) por Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral proferido el 31 de mayo de 2017 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas con ocasión del “CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ASEO DOMICILIARIO” 089, celebrado el 20 de diciembre de 2004, entre el hoy distrito especial de Buenaventura y Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., laudo mediante el cual se tomaron las siguientes decisiones (se transcribe como aparece a folios 124 y 125 del cuaderno del Consejo de Estado):

“**PRIMERO:** Declarar probada la excepción propuesta por la parte demandada **DISTRITO DE BUENAVENTURA**, denominada ‘**inexistencia de las Obligaciones Perseguidas**’; conforme a las razones expuesta en el presente laudo arbitral.

“**SEGUNDO:** Denegar todas y cada una de las pretensiones en que se fundó la demanda de la demandante **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. ESP contra DISTRITO DE BUENAVENTURA**, por las razones expuesto a lo largo de las consideraciones del presente Laudo.

“**TERCERO:** Consecuencialmente, condenar a la demandante **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. ESP** a pagar a la demandada **DISTRITO DE BUENAVENTURA**, las agencias en derecho causadas en el proceso, que según la liquidación efectuada ascienden a la suma total de Ciento Veinticinco Millones de Pesos Moneda Corriente **($125’000.000)**.

“**CUARTO:** No hay condena en costas por las razones explicadas en los considerandos del laudo.

“**QUINTO:** Abstenerse de imponer a BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. ESP la sanción a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso, por las razones expuestas en la parte motiva.

“**SEXTO:** Por Secretaría envíese copia de este laudo al Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. y Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P.

“**SÉPTIMO:** Expídase por secretaría la copia de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia de la parte demandada se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

“**OCTAVO:** Declarar causado cincuenta por ciento (50%) restante de los Honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y de Secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presienta del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a entregar el remanente a la parte demandante, si lo hubiere.

“**PARÁGRAFO:** La presidenta del Tribunal dará cumplimiento a lo ordenado en el artículo 362 de la ley 1819 de 2016.

“**NOVENO:** Archívese, el respectivo Laudo en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, de conformidad a lo señalado por el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

“**DECIMO:** Por secretaría remítase el expediente para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali”.

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

**1.1. El pacto arbitral**

En la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión del servicio de aseo domiciliario, celebrado el 20 de diciembre de 2004, las partes convinieron la siguiente cláusula compromisoria (se transcribe tal como aparece en el contrato)[[2]](#footnote-2):

“**CLÁUSULA VIGESIMA SEPTIMA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:**

(…)

“**Arbitramento jurídico:** Si las diferencias fueren de naturaleza jurídica, cualquiera de las partes contratantes podrá solicitar que ésta sea sometida al procedimiento arbitral con las formalidades y efectos previstos en la Ley 23 de 1991. En este caso, el fallo será en derecho y los árbitros serán abogados titulados y ciudadanos colombianos. El lugar de constitución y funcionamiento del tribunal, será la ciudad de Cali. En cualquier caso, el tribunal estará integrado por tres árbitros, designados por la Cámara de Comercio de Cali”.

**1.2. La demanda arbitral**

Mediante escrito presentado el 27 de octubre de 2015 ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen a folios 10 y 11 del cuaderno 1):

“**Primera:** Que se declare que por causas no imputables al contratista, se rompió el equilibrio económico-financiero del contrato 089 del 20 de diciembre de 2004, celebrado entre **EL DISTRITO DE BUENAVENTURA (VALLE)** y **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE SA ESP.**

“**Segunda:** Que se declare que **EL DISTRITO DE BUENAVENTURA (VALLE)** está en la obligación de restablecer la ecuación económica del contrato 089 de 20 de diciembre de 2004, surgida al momento de la presentación de la propuesta por parte del consorcio BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE.

“**Tercera:** Que en consecuencia, se condene **AL DISTRITO DE BUENAVENTURA (VALLE)** a indemnizar a **BUENVENTURA MEDIO AMBIENTE SA ESP** los perjuicios sufridos por la ruptura del equilibrio económico del contrato, de la siguiente manera:

“1. Para compensar la pérdida sufrida por **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTESA ESP**, se ordene pagar el valor dejado de cobrar por el componente de disposición final de octubre de 2005 hasta octubre de 2014, asciende a la suma de veinte mil treinta y tres millones novecientos trece mil seiscientos ochenta y nueve ($20.033.913.689) pesos constantes de septiembre de 2015.

“2. Se ordene pagar el interés legal civil sobre el capital adecuado por concepto de disposición final de octubre de 2014 a octubre de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, que a octubre de 2015 asciende a la suma de diez mil quinientos cuarenta y dos millones setecientos ochenta y dos mil trescientos veinte y tres pesos ($10.542.782.323) m/cte.

“3. Se ordene pagar la pérdida de oportunidad por la transacción tarifaria realizada entre noviembre de 2014 y marzo de 2015, por inclusión del componente de disposición final, realizada de noviembre de 2014 a marzo de 2015, que a pesos constantes de septiembre de 2014 asciende a la suma de seiscientos dos millones quinientos veintisiete mil ciento noventa y ocho pesos ($602.527.198) m/cte.

“4. Se ordene pagar el interés legal civil sobre el capital adeudado por concepto de transición tarifaria por disposición final, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, que a octubre de 2015 asciende a la suma de cincuenta y cinco millones ochocientos cuarenta y un mil ochocientos veinticinco pesos ($55.841.825) m/cte.

“5. Para mantener el valor intrínseco de la moneda, se ordene pagar las sumas anteriores de manera actualizada a la fecha que se realice el pago.

“6. Se ordene pagar el valor de las multas impuestas a BMA SA ESP por no contar con un sitio para realizar la disposición final acorde con lo dispuesto en la ley, junto con los intereses, que a octubre de 2015 asciende a trescientos setenta y dos millones ochocientos dos mil seiscientos treinta y dos pesos m/cte. ($372.802.632) m/cte.

“**Cuarta:** Que se condene al **DISTRIRTO DE BUENAVENTURA** a reconocer y pagar a **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.** el costo mensual establecido en la regulación por concepto de disposición final, a partir del momento que se genere la imposibilidad de cobrar la disposición final a los usuarios por falta de un relleno sanitario o de sitio de disposición final apropiado y hasta el momento de contar con él”.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró que el municipio de Buenaventura, hoy distrito especial, adelantó la licitación pública 008 de 2004, cuyo objeto consistió en (se transcribe como aparece a folios 1 y 2 del cuaderno 1):

“… escoger, con sujeción a las disposiciones de la ley 80 de 1993, la ley 142 de 1994, la ley 689 de 2001 y las resoluciones vigentes emitidas por la CRA, a la persona natural o jurídica, unión temporal o consorcio nacional o extranjero con la que el Municipio de Buenaventura celebrará por el término de 20 años prorrogables, un Contrato (sic) para la Construcción (sic), Operación (sic) PRIMERA FASE RELLENO SANITARIO EN EL CORREGIMEITNO DE ZACARIAS ZONA RURAL Y CONCESION DE LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ASEO EN LA ZONA URBANA; COMPRENDE LAS ACTIVIDADES DE RECOLECCION TRANSPORTE Y DISPOSICION FINAL DE RESIDUOS SOLIDOS EN EL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA. Se trata pues, de un contrato de concesión para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Buenaventura, en todos sus componentes, que comprende además la administración, operación y mantenimiento, rehabilitación y expansión del servicio de aseo y la operación del relleno sanitario.

“Así mismo, se encargará de todo lo relacionado con la administración y operación de la disposición final de los residuos sólidos, a efectos de responsabilizarse por el manejo del terreno, mantener, dotar y operar el sistema de eliminación escogido por el CONCESIONARIO, que servirá para la disposición final de los residuos sólidos generados en el Municipio de Buenaventura”.

Señaló que el contrato se adjudicó a la convocante mediante resolución 591b del 12 de octubre de 2004 y que se celebró el 20 de diciembre de ese mismo año, con el objeto de prestar, por 20 años, “el servicio de aseo en todos sus componentes en el área Urbana (sic) de Buenaventura que incluye la recolección, barrido y limpieza, transporte y la construcción y operación del Relleno Sanitario en el Corregimiento (sic) de Zacarías”[[3]](#footnote-3).

Expresó que en el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones se indicó que, para la disposición final de los residuos sólidos generados en la ciudad de Buenaventura, el municipio utilizaba temporalmente un lote ubicado en el corregimiento de Córdoba y que el proponente debía conocer su estado y, una vez iniciara su operación, debía buscar la optimización para su utilización de manera temporal.

Explicó que la temporalidad de la disposición final en el botadero ubicado en el corregimiento de Córdoba obedeció a que, mediante resolución CRA 273/03, que modificó la resolución CRA 151/01, se dispuso que a partir del 3 de octubre de 2005 no se reconocerían costos por disposición final a prestadores que operaran en sitios distintos a rellenos sanitarios.

Contó que, a través de comunicación 750-05-1073 del 14 de octubre de 2005, la Corporación Autónoma del Valle del Cauca, en adelante CVC, requirió al municipio de Buenaventura para que diera cumplimiento al artículo 13 de la resolución 1045 del 25 de septiembre de 2005, proferida por el Ministerio de Medio Ambiente, que estableció un plazo de 2 años a partir de su publicación para realizar la clausura y restauración ambiental de botaderos a cielo abierto y de sitios de disposición final de residuos sólidos que no cumplieran con la normatividad vigente o su adecuación a rellenos sanitarios técnicamente diseñados, construidos y operados según las medidas de manejo ambiental establecidas por las autoridades ambientales regionales competentes.

Relató que “dado que el municipio no cumplió, le fue impuesta una primera sanción (cierre) el 16 de octubre de 2007, y otras posteriores en igual sentido, vinculando al operador”[[4]](#footnote-4).

Manifestó que, desde la celebración del contrato y hasta la fecha de presentación de la demanda arbitral, Buenaventura Medio Ambiente seguía realizando la disposición final en el botadero temporal ubicado en el corregimiento de Córdoba, por instrucción del Distrito y por la imposibilidad de dejar de operar, ya que, de hacerlo, se generaría una emergencia sanitaria sin precedentes, con graves consecuencias de tipo ambiental, por lo cual ha tenido que asumir todos los costos por no poder trasladarlos a los usuarios y, además, ha debido soportar una serie de sanciones impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y por la CVC.

Refirió que, a pesar de que en el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones el distrito se comprometió a entregar al concesionario el lote licenciado para el relleno sanitario, a la fecha de presentación de la demanda aquél aún no había cumplido con esa obligación y agregó que tampoco había recibido los recursos para la construcción de la primera fase del relleno, los cuales, según la cláusula segunda del contrato 089, serían aportados por la CVC.

Indicó que, según lo estipulado en el parágrafo tercero de la cláusula segunda, las obras de construcción del relleno sanitario en su primera fase estaban supeditadas al aporte de la CVC y que, de acuerdo con lo pactado en el adendo 04, no se podía presumir el incumplimiento total o parcial de la concesionaria si la entidad no realizaba los desembolsos de conformidad con los cronogramas establecidos.

Respecto de la remuneración o tarifa a cobrar, dijo que en el numeral 6 del pliego de condiciones se estableció que no podía superar los valores máximos establecidos en la metodología tarifaria de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA) según la regulación vigente al momento de la celebración del contrato, que era la contenida en la resolución 151 de 2001.

Manifestó que en el párrafo segundo del numeral 3.1.1 de los pliegos de condiciones se indicó que los proponentes debían considerar en su propuesta técnica todos los componentes del servicio público de aseo, los cuales, según la resolución 151 de 2001, comprendían los de recolección y transporte, barrido y limpieza y tratamiento y disposición final y que la resolución también dispuso el costo máximo a reconocer por el componente de disposición final de acuerdo con el tipo de disposición que se realizara.

Expresó que la resolución 151 fue modificada por la 273 del 17 de diciembre de 2003, vigente para el momento en que se surtió la licitación pública, en el sentido de prohibir el cobro del componente de disposición final a quien operara en sitios diferentes a rellenos sanitarios a partir del 3 de octubre de 2005.

Dijo que en el numeral 2.11 del pliego de condiciones se estableció que el concesionario, al momento de hacer su oferta, debía incluir las tarifas meta propuestas, las cuales habrían de implementarse en un plazo máximo de dos años y que, en el parágrafo primero de ese mismo numeral, ese período de transición quedó establecido hasta enero de 2007, momento a partir del cual el concesionario debía recibir el 100% de la tarifa meta propuesta, incluida la disposición final.

Aseveró que “mediante OTROSÌ No. 4del 23 de agosto de 2013, el municipio de Buenaventura reconoció desde abril de 2013 hasta octubre de 2014 (18 de mes) por concepto de costos de disposición final al operador (BMA), la suma de mil trescientos ochenta y dos quinientos treinta y nueve mil cinco pesos (sic) ($1.382.539.005) m/cte, que equivale a la suma de **mil cuatrocientos once millones ciento once mil seiscientos cuarenta y ocho pesos constantes de octubre de 2014 ($1.411.111.648)**…”[[5]](#footnote-5).

Manifestó que, a través de resolución 0751-0484 del 21 de octubre de 2014, la CVC permitió el inicio de la disposición final en el vaso 2, por lo cual se pudo trasladar ese costo en la tarifa a los usuarios, pero que sólo podía hacerlo por un año, porque en la resolución 751-1351 del 12 de julio de 2013 se estableció que el tiempo máximo de disposición de la ampliación del vaso 2 sería de 365 días, a partir el inicio de las actividades de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios.

Agregó que a partir de noviembre de 2014 se empezó a cobrar el componente de disposición final en la tarifa, con una transición tarifaria adicional a la anterior de cinco meses que no estaba estipulada en el contrato y que representó una pérdida estimada para Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. de $602’527.198, más intereses de mora.

Dijo que la ampliación del vaso 2 no tiene capacidad para realizar la disposición final después de enero de 2016; por ello, desde febrero siguiente no se podría trasladar el componente de disposición final a los usuarios de la tarifa.

Señaló que la convocante ha venido realizado el cobro de la tarifa de aseo a los usuarios teniendo como base el marco regulatorio y las tarifas propuestas, pero de manera incompleta, al no poder incluir los cobros del componente de disposición final, de tal manera que, desde octubre de 2005 hasta octubre de 2014, sin los valores reconocidos en el otrosí 04, ha dejado de cobrar por disposición final, a pesos constantes de septiembre de 2015, la suma de $20.033’913.689 y que, por tanto, sobre esa suma se deben reconocer los correspondientes intereses de mora.

Finalmente, expresó que las multas impuestas a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. por no disponer los residuos sólidos en un relleno sanitario debidamente licenciado ascienden a $372’802.632[[6]](#footnote-6).

 **1.3. Instalación y competencia del Tribunal y audiencia de conciliación**

La audiencia de instalación se realizó el 15 de diciembre de 2015 y en ella se designó a la Presidente y al Secretario del Tribunal[[7]](#footnote-7).

En esa misma fecha, se profirió el auto 1, por medio del cual, entre otras cosas, se declaró legalmente instalado el tribunal de arbitramento para dirimir en derecho las controversias surgidas entre Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. y el distrito de Buenaventura. El tribunal asumió competencia, se fijó el lugar de su funcionamiento y se dispuso que, de conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, el término del proceso sería de 6 meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas y suspensiones que las partes pudieran solicitar[[8]](#footnote-8).

Asimismo, se profirió el auto 2, a través del cual se admitió la demanda presentada por Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., se ordenó su notificación al distrito de Buenaventura y al Ministerio Público y que se corriera traslado de la demanda[[9]](#footnote-9); posteriormente, el 4 de febrero de 2016, mediante auto 5 se declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio, se admitió nuevamente la demanda y se ordenaron las notificaciones pertinentes[[10]](#footnote-10).

Mediante auto 20 del 24 de octubre de 2016, se declaró fracasada la audiencia de conciliación de que trata el artículo 24 de la ley 1563 de 2012 y se ordenó continuar con el trámite del proceso[[11]](#footnote-11).

El 18 de noviembre de 2016, mediante auto 21, el tribunal de arbitramento declaró su competencia para conocer, tramitar y decidir en derecho, en un arbitraje legal, las controversias planteadas por Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. contra el distrito de Buenaventura, decisión que no fue recurrida por ninguna de las partes[[12]](#footnote-12).

**1.4. La contestación de la demanda arbitral**

El distrito especial de Buenaventura contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el proceso de selección y la celebración del contrato, la razón de la temporalidad de la disposición final en el botadero ubicado en el corregimiento de Córdoba, el requerimiento realizado el 14 de octubre de 2005 por la CVC para que se diera cumplimiento al artículo 13 de la resolución 1045 de 2003 sobre la clausura y restauración ambiental de botaderos a cielo abierto y de sitios de disposición final de residuos sólidos que no cumplieran con la normatividad vigente o su adecuación a rellenos sanitarios.

En cuanto a la sanción impuesta el 16 de octubre de 2017, por no haber cumplido el anterior requerimiento, dijo que era cierto, pero aclaró que, posteriormente, la CVC expidió el levantamiento del cierre por hallarse satisfechos los requisitos por parte del distrito de Buenaventura y de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P.

Aceptó también que, mdesde el inicio del contrato y hasta la fecha de presentación de la demanda, por instrucciones del distrito y por la imposibilidad de dejar de operar por las consecuencias ambientales que eso generaría, la disposición final se estaba efectuando en el botadero temporal ubicado en el corregimiento de Córdoba, pero advirtió que esas actuaciones corresponden al cumplimiento mismo de las obligaciones del contrato y del adendo 4.

En relación con lo mencionado en la demanda respecto de la falta de entrega del lote para la construcción del relleno sanitario, así como de los recursos que se habrían de destinar para esa misma finalidad y, además, de la responsabilidad de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. en relación con esa parte del contrato, mencionó que “no es cierto, porque BMA asumió toda la responsabilidad en la cláusula 7ma (sic) del Contrato (sic) No. 089 de 2004 y del Adendo (sic) 4 que adicionó la cláusula referida”[[13]](#footnote-13).

En lo concerniente a la remuneración o tarifa a cobrar, dijo que no era cierto y que lo manifestado al respecto debía probarse. Agregó que, en todo caso, debía atenderse la prohibición contenida en la resolución 273 de 2003, que modificó la resolución 151 de 2001, en el sentido de que, a partir del 3 de octubre de 2005, no se reconocerían costos por disposición final a los prestadores que operaran en sitios diferentes a los rellenos sanitarios; en consecuencia, negó también las manifestaciones relacionadas con los cálculos del desequilibrio económico que, por esta razón, habría sufrido la concesionaria.

Dijo que no era cierto que el distrito hubiera reconocido en el otrosí 4 de 2013 la suma de $1.382’539.005, por concepto de disposición final, “porque los gastos provenientes del relleno sanitario se encuentran inmersos en los acordados por la CVC quien es (sic) la que asignó los recursos necesarios para dicha finalidad”[[14]](#footnote-14).

En relación con el hecho de que la demandante habría empezado a cobrar a partir de noviembre de 2014 el componente de disposición final en la tarifa, con una transición adicional a la anterior de cinco meses que no estaba estipulada en el contrato, dijo que no lo aceptaba, porque transgredía las directrices indicadas en el contrato.

Señaló que lo dicho en la demanda respecto de los cobros que se venían realizando a los usuarios era cierto, porque así se deriva del contrato, pero adujo que no era cierta la afirmación de que el cobro fuera incompleto, toda vez que “se hace basificar (sic) de un aspecto fáctico que no consagra el contrato”.

Respecto de las multas impuestas, dijo que eran ciertas, pero que las sanciones debían comprometer la responsabilidad de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., porque asumió la responsabilidad al momento de suscribir el contrato 089 de 2004, incluyendo los adendos adicionales[[15]](#footnote-15).

**1.5. El laudo arbitral recurrido**

Surtido el trámite arbitral previsto en la ley, se fijó la audiencia de lectura del fallo, la cual se cumplió el 31 de mayo de 2017, fecha en la que el tribunal de arbitramento profirió el laudo cuya parte resolutiva quedó transcrita al inicio de esta providencia[[16]](#footnote-16).

Para abordar el estudio de fondo del caso, el tribunal señaló que el problema jurídico se concretaba en “dilucidar si se rompió la ecuación contractual en la ejecución del contrato de Concesión (sic) del servicio de Aseo (sic) Domiciliario (sic), Contrato (sic) No. 089 del 20 de diciembre de 2004, suscrito entre BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P. y el DISTRITO DE BUENAVENTURA”[[17]](#footnote-17).

Seguidamente, indicó que las normas que iba a considerar para resolver el problema jurídico planteado eran las contenidas en la ley 80 de 1993, específicamente los artículos 5 –numeral 1-, 3 -inciso segundo- y 27, las cuales transcribió y concluyó, a partir de su contenido, que lo que debía determinar era si las situaciones en las que la convocante tipificó sus pretensiones se habían previsto en los pliegos de condiciones y en el contrato, si durante el lapso a que se refieren las pretensiones de la demanda el concesionario recibió la remuneración pactada, o, si no, qué causó que no la recibiera, o si, por el contrario, la remuneración recibida fue la acordada entre las partes según las condiciones en que el contrato se ejecutó.

Destacó que, de conformidad con el artículo tercero –inciso segundo- y el artículo 5 -numeral 2- de la ley 80 de 1993, la finalidad de la contratación estatal está dada por el cumplimiento de los fines públicos y, por ello, es obligación del contratista colaborar con la administración pública para el cumplimiento del objeto pactado.

Agregó que, en ese orden de ideas, también le correspondía revisar el material probatorio allegado al proceso para establecer el objeto del contrato, determinar si éste se cumplió o, en caso contrario, establecer las razones de su incumplimiento, así como la posición y actividades realizadas por el concesionario para lograr el cumplimiento del objeto pactado o para acordar mecanismos, acciones, actividades y acuerdos necesarios para ello.

Más adelante, se refirió a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre equilibrio económico del contrato, para lo cual citó varios extractos de providencias proferidas sobre el tema por la Corporación, especialmente respecto de la oportunidad de la reclamación de restablecimiento de la ecuación contractual y los efectos de haber celebrado contratos o adiciones con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que se adecúen como casual del desequilibrio.

En ese contexto, hizo el análisis del caso, para lo cual acudió, entre otras, a las normas de la ley 80 de 1993 antes referenciadas, a las disposiciones del pliego de condiciones, incluidas las contenidas en los adendos 02 y 04, a las estipulaciones del contrato, a las del otrosí 4, a las del convenio adicional 860 de 1995, celebrado entre la CVC y el municipio de Buenaventura, así como a lo dispuesto en las resoluciones 151 de 2001 y 273 de 2003 y, en conjunto con el análisis probatorio que realizó, determinó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, fundamentalmente porque las situaciones que se generaron en la ejecución de la concesión y a las cuales aludió la convocante como fundamento del rompimiento del equilibrio económico estaban previstas en los pliegos de condiciones y en el contrato mismo.

Dijo el Tribunal que, durante el lapso al que se refieren las pretensiones de la demanda, el concesionario recibió la remuneración pactada en el contrato, toda vez que, desde que presentó su propuesta y al momento de celebrar el negocio jurídico, era claro que, si no realizaba la disposición final en un relleno sanitario, no podía facturar y cobrar a los usuarios el componente de disposición final de la tarifa, porque así se había dispuesto en la resolución 273 de 2003; por tanto, concluyó que “la causa de no poder cobrar el componente de disposición final es una norma preexistente a la licitación y al contrario (sic), condición conocida por el operador y bajo cuyo conocimiento contrató”.

Expresó que, de conformidad con los artículos 3 y 5 de la ley 80 de 1993, era obligación del concesionario colaborar con el distrito de Buenaventura en la ejecución óptima del objeto pactado, en los términos establecidos en la regulación pertinente, por lo cual se obligó en el contrato a optimizar el sitio de disposición transitoria ubicado en el corregimiento de Córdoba que debía utilizar hasta tanto pudiera hacer la disposición en el lote dispuesto en el corregimiento de Zacarías, de donde concluyó que era obligación de ambas partes realizar los ajustes pertinentes al contrato en el momento en el que se estableció que no se podía disponer en el sitio que se había proyectado porque la regulación no lo permitía y, por tanto, que era obligación de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. hacer la disposición final en Córdoba cumpliendo las normas aplicables, pero que así no lo hizo.

Señaló que, en aplicación del principio de buena fe contractual, si no era posible ejecutar la construcción y operación de la primera fase del relleno sanitario en el corregimiento de Zacarías y tampoco realizar la disposición final de los residuos de acuerdo con los lineamientos de la legislación vigente, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. estaba en la obligación de informar acerca de esa situación al distrito y acordar con él los mecanismos necesarios para el cumplimiento cabal del contrato.

Dijo, igualmente, que el principio de la buena fe, aunado a que el contrato de concesión se celebró en atención a la calidad de experto del operador en la prestación del servicio de aseo, a la incapacidad institucional de la entidad territorial y a la falta de capacidad técnica de ésta para prestarlo directamente le imponía la obligación al concesionario de informar al distrito acerca de la necesidad de modificar el contrato, dada la imposibilidad de realizar la disposición final de las basuras en el corregimiento de Zacarías, así como también de la necesidad de obtener los permisos para disponer en una celda transitoria en el corregimiento de Córdoba cumpliendo las exigencias de las normas ambientales, lo cual le habría permitido cobrar el componente de disposición final en la tarifa.

Al respecto, agregó que, tanto en los pliegos de condiciones como en el contrato, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. se obligó a observar y cumplir las obligaciones exigidas a las empresas de servicios públicos domiciliarios en la ley 142 de 1994 y en las resoluciones que expidiera la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y demás concordantes y a realizar todas las actividades que fueran necesarias para cumplir adecuadamente el contrato, teniendo en cuenta para ello las adecuaciones, construcciones, administración, operación, mantenimiento y seguimiento ambiental aprobado por la autoridad ambiental competente, así como las inversiones sobre el pasivo ambiental que llegara a generarse y que estuvieran en concordancia con el servicio integral de aseo.

Adicionalmente, señaló que, de conformidad con los pliegos de condiciones, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. asumió la prestación del servicio bajo su propia responsabilidad, incluida la financiera, con excepción de los subsidios que debían ser aportados por el municipio.

Explicó que dentro de las obligaciones asumidas por la concesionaria se encontraba la operación del basurero existente. Destacó que en los pliegos de condiciones se dispuso expresamente que, para la disposición final de los residuos sólidos generados en Buenaventura, el concesionario debía utilizar temporalmente un lote ubicado en el corregimiento de Córdoba, para lo cual el proponente debía conocer su estado y, una vez iniciada la operación, debía buscar la optimización de su utilización transitoria.

Señaló que la referida obligación se reiteró en el adendo 4 de los pliegos, al señalar que el concesionario debía operar de manera provisional en Córdoba mientras realizaba los ajustes a la licencia ambiental existente para el relleno sanitario de Zacarías, la cual se entregó con el adendo, información a partir de la cual concluyó que desde los pliegos de condiciones se radicó en cabeza del operario la obligación de obtener los ajustes a la licencia ambiental para el relleno sanitario de Zacarías y se precisó que éste sería el responsable de cumplir con las obligaciones ambientales de la licencia.

Recalcó que la remuneración del concesionario se pactó según la tarifa por él ofrecida de conformidad con la resolución 151 de 2001, resolución que, al momento de presentar la propuesta, había sido modificada por la resolución 273 de 2003, en el sentido de señalar que, a partir del 3 de octubre de 2005, no se reconocerían costos por disposición final a los prestadores que operaran en lugares diferentes a rellenos sanitarios.

A partir de todo lo anterior, coligió el tribunal que “el concesionario BUENVANTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P., con quien se celebró el contrato por ser operador especializado y con experiencia en el sector, al presentar la propuesta y suscribir el contrato tenía pleno conocimiento que de la tarifa propuesta no podría cobrar el componente de disposición final si no la realizaba en relleno sanitario. Sabía el proponente, hoy concesionario, que realizaría la disposición temporal en el sitio de Córdoba, lo cual haría transitoriamente hasta tanto se licenciara y se construyera el relleno sanitario de Zacarías, pero a la vez tenía la obligación de optimizar el sitio de disposición de Córdoba y con el trámite de los permisos respectivos, obtener la autorización de la autoridad ambiental para operarlo como vaso transitorio, con las condiciones técnicas de relleno sanitario, con lo cual podía cobrar y facturar el componente de disposición final”.

Advirtió, además, que el relleno sanitario de Zacarías no se construyó porque la Aeronáutica Civil no dio concepto favorable para su funcionamiento, en consideración a que el predio en el que éste se pretendía construir estaba dentro del perímetro de restricción del aeropuerto y no porque no se hubieran desembolsado los dineros por parte de la CVC.

En cuanto a las multas impuestas a la concesionaria, expresó el tribunal que, según los documentos de la CVC, obedecieron a que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. no cumplió con sus obligaciones como operador de la celda transitoria, es decir, no cumplió con la obligación contenida en los pliegos de condiciones y en el contrato respecto de realizar la disposición temporal en Córdoba, para lo cual debía optimizar el lugar y obtener los permisos y autorizaciones respectivas por parte de la autoridad ambiental para operar ahí como vaso transitorio, lo que, además, según lo dicho por el perito en la diligencia de sustentación del dictamen, le habría permitido operar bajo norma y cobrar el componente de disposición final de la tarifa.

Observó el tribunal de arbitramento que, según las pruebas recaudadas, desde principios de 2007 Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. tenía pleno conocimiento de que no podía operar y construir el relleno sanitario de Zacarías y, por ello, desde esa época supo que no podía ejecutar el contrato respecto de ese componente y, por tanto, que requería, para cumplir la normatividad ambiental, adecuar el sitio de Córdoba según las normas de relleno sanitario, pues de lo contrario no podía facturar, cobrar y recaudar el componente de disposición final de residuos sólidos.

Aseveró el tribunal que no es de recibo la posición de la convocante en cuanto a que era el municipio el único responsable de solucionar el tema del sitio para construir el relleno sanitario, toda vez que era una labor a la que el concesionario también estaba obligado dadas las condiciones advertidas en la licitación, esto es, que la prestación del servicio a través del contrato de concesión se había celebrado con Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. en consideración a su experiencia demostrada en el sector y ante la falta de capacidad técnica del recurso humano del distrito para manejar el tema, por lo cual debió haber planteado a la entidad pública la modificación del contrato y la consecución de un sitio apropiado para la realización del relleno sanitario.

Al respecto, destacaron los árbitros que, dada la imposibilidad de construir el relleno sanitario en Zacarías, el 7 de marzo de 2007 la concesionaria se dirigió a la CVC para informarle que presentaría para su aprobación un nuevo proyecto en Córdoba, en el que se integraran la celda y el antiguo vertedero a otro conjunto de celdas que dieran solución definitiva al problema, pero que sólo el 13 de diciembre de 2011 la alcaldía de Buenaventura presentó el plan de manejo ambiental y el diseño para la ampliación del vaso 2 de la celda transitoria de Córdoba, el que se aprobó el 13 de julio de 2013, lo que demostraba la falta de cumplimiento del operador respecto de las obligaciones contenidas en el pliego de condiciones.

De otra parte, indicó el tribunal que, según el contenido de la resolución CVC-DARPO 5075 de 2011, no era cierto lo afirmado en la demanda en el sentido de señalar que esa Corporación no aportó los recursos que se había comprometido entregar para la construcción del relleno sanitario.

Concluyó también que, en el otrosí 4, las partes acordaron las condiciones para restablecer el equilibrio económico que venía aduciendo y reclamando la concesionaria, pero que ésta no formuló salvedad alguna respecto de que quedara pendiente restablecimiento económico alguno, por lo cual, de conformidad con el principio de buena fe y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no podía con posterioridad a la firma de ese acuerdo formular reclamación por ese supuesto, por hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del otrosí.

Expresó el tribunal que, según el perito, el perjuicio sufrido por la demandante habría consistido en los costos que habría tenido que asumir por la administración, operación y mantenimiento de disposición final en Córdoba; sin embargo, no fue éste el objeto del peritaje y agregó que no puede aducirse que el desequilibrio se originó por no cobrar la tarifa del componente de disposición final, toda vez que las normas previas a la celebración del contrato disponían que ese ítem no se podía cobrar si la disposición final no se realizaba en relleno sanitario, lo que era conocido por el operador, quien bajo esas condiciones presentó su oferta y contrató y, además, teniendo la responsabilidad de adecuar el sitio de disposición existente no lo hizo, lo que le habría permito incluir ese ítem en la tarifa[[18]](#footnote-18).

**1.6. El recurso extraordinario de anulación**[[19]](#footnote-19)

Mediante escrito presentado el 17 de julio de 2017[[20]](#footnote-20), Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., por conducto de apoderado judicial, interpuso el recurso de anulación que ahora se decide, al amparo de la causal contemplada en el numeral 7 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

(…)

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

Después de referirse a los antecedentes del caso y a los aspectos procesales del recurso de anulación, indicó que, con base en algunas providencias del Consejo de Estado, el fallo en conciencia se configura cuando: i) “las normas jurídicas aplicables al caso concreto se ignoran o se interpretan de manera errónea o acomodada y, en su lugar, se tienen en cuenta otras ajenas al caso”, ii) “los árbitros al fallar prescinden de los elementos de prueba que deben obrar en un litigio para la demostración de una situación fáctica puntual” y iii) “los árbitros simplemente aplican sus íntimas convicciones –según su leal saber y entender- a un caso concreto, dejando de lado tanto las razones jurídicas como las probatorias”[[21]](#footnote-21).

Dijo que, en este caso, la causal se configuró porque la decisión del Tribunal de Arbitramento no está soportada en el ordenamiento jurídico colombiano ni en las pruebas arrimadas al proceso. Al desarrollar el argumento, expuso 7 razones que a su juicio lo soportan, así:

**i) “Aplicación de la ley en el tiempo”**

Expresó que uno de los argumentos que utilizó el tribunal de arbitramento para negar las pretensiones de la demanda consistió en señalar que la causa de no poder cobrar el componente de disposición final residía en una norma preexistente a la licitación y al contrato que era conocida por el operador, argumento que soportó en jurisprudencia del Consejo de Estado y en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, pero que, a juicio del recurrente extraordinario, constituye una “falacia argumentativa que no tiene en cuenta los principios generales del derecho ni el ordenamiento jurídico colombiano, sino que refleja la intención de los árbitros de fallar según sus propias convicciones”.

Como fundamento de su afirmación señaló que era cierto que, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, a los contratos se aplican las normas vigentes al momento de su celebración y que el concesionario conocía que a partir del 3 de octubre de 2005 no se reconocerían costos por disposición final a los prestadores que operaran en sitios diferentes a rellenos sanitarios, pero que lo que no correspondía a la verdad era que la causa por la que no se pudo cobrar ese componente de la tarifa hubiera sido una norma preexistente, porque en realidad ello obedeció a un incumplimiento contractual del distrito de Buenaventura al no entregar el lote licenciado ubicado en el corregimiento de Zacarías, que se había proyectado en el pliego de condiciones y en el contrato como el sitio donde se debía construir el relleno sanitario cuya operación habría permitido el cobro correspondiente a la disposición final de los residuos.

Dijo que el distrito contrató la operación y construcción del relleno sanitario en el corregimiento de Zacarías para realizar la disposición final y que lo hizo porque sabía que uno de los mayores problemas que enfrentaba era el inadecuado tratamiento y disposición final de las basuras, mencionó también que la entidad territorial sabía de la existencia de la resolución de la CRA que prohibió que a partir del 3 de octubre de 2005 la disposición se realizará en lugares diferentes a rellenos sanitarios, así como de la existencia de la resolución 1045 de 2003 que previó el plazo máximo de 2 años para realizar la clausura y restauración ambiental de botaderos a cielo abierto y de sitios de disposición final de residuos sólidos que no cumplieran con la normatividad vigente y aseveró que fue esa la razón principal por la que se contrató la construcción del relleno sanitario, cuyo objeto no se pudo cumplir por incumplimiento del distrito de Buenaventura.

Afirmó que no era cierto, como en distintas oportunidades se indicó en el laudo, que el concesionario hubiera asumido la obligación de adecuar el lote de Córdoba para transformarlo en un relleno sanitario y aclaró que ese lote era un botadero transitorio que debió clausurarse el 3 de octubre de 2005 y que la única obligación que tenía Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. era adecuarlo para operarlo provisionalmente como botadero hasta el 3 de octubre de 2005, cuando, según las resoluciones de la CRA, el servicio de aseo sólo se podía prestar en un lugar que cumpliera con las características de relleno sanitario, que fue la razón que motivó la celebración del contrato de concesión.

Con base en lo anterior, dijo que era evidente que la decisión de los árbitros se fundamentó en lo que consideraron elementos de justicia y equidad según sus propias convicciones y no en el ordenamiento jurídico colombiano ni en los elementos que hacen parte del acervo probatorio.

**ii) “Calidad de las partes”**

Al referirse a este aspecto, la parte recurrente señaló que es el que más llama su atención, puesto que los árbitros hicieron alusión de manera reiterada a la calidad de las partes, a la debilidad institucional y a la falta de capacidad técnica del distrito de Buenaventura y a la calidad de experto de la concesionaria.

Aseveró que para el tribunal, por tratarse de un operador experto, “era irrelevante el compromiso que el distrito había asumido en los Pliegos de Condiciones (sic) y en el Contrato de Concesión (sic) No. 089 de 2004 de entregar un lote licenciado para construir el Relleno Sanitario (sic) porque al ser el distrito de Buenaventura una entidad territorial con poca capacidad técnica y con una reconocida debilidad institucional, su incumplimiento estaba justificado. Pero lo que es peor, en una actuación absolutamente censurable, el Tribunal Arbitral (sic) le traslada la responsabilidad por el mencionado incumplimiento al operador privado BMA SA ESP, pues ‘al ser un operador experto’, debía proponer alternativas y promover los ajustes al contrato que fueran necesarios para dar cumplimiento al objeto integral del contrato de concesión”[[22]](#footnote-22).

Agregó que ese fue el argumento central para que el tribunal negara las pretensiones de la demanda, el cual, a su juicio, constituye prueba incontrovertible de que la decisión no se soportó en principios generales del derecho, en los principios que rigen la administración pública, en la teoría general de las obligaciones y, especialmente, en lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que le atribuye al contratante público el control y dirección general de la ejecución del contrato, para afirmar que la decisión se basó en las íntimas convicciones de los árbitros.

**iii) La responsabilidad del Distrito de Buenaventura**

Dijo que la posición del tribunal según la cual la responsabilidad del distrito se concretó únicamente en realizar la dirección, control y vigilancia del contrato “está plagada de vicios jurídicos que prueban una vez más que el fallo no fue en derecho”.

Al respecto, adujo que “la cláusula 2.8 del pliego de condiciones es absolutamente nula por ir en contra de la Constitución y de la Ley, y era un deber de los árbitros, en virtud del artículo 141 del CPACA, haberla declarado así”[[23]](#footnote-23). Para soportar ese mismo argumento, se refirió al artículo 90 constitucional y al artículo 5 de la ley 80 de 1993 y concluyó que, “en virtud de los artículos citados, cualquier cláusula contractual que limite la responsabilidad de las entidades estatales, (sic) está viciada de nulidad absoluta”[[24]](#footnote-24).

Señaló, además, que el Tribunal confundió los conceptos de responsabilidad y riesgo, porque, en un contrato de concesión, el concesionario privado no asume la prestación del servicio bajo su propia responsabilidad, sino, según lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, a su cuenta y riesgo y dijo que esto es así porque ambas partes asumen obligaciones y si una de ellas incumple las suyas, por causas que le sean imputables, debe responder. Aseveró que ese fue un aspecto que debió aclarar el tribunal de arbitramento al momento de proferir el laudo y que, al no hacerlo, le trasladó responsabilidades a un concesionario privado sin tener para ello un fundamento constitucional o legal.

De otra parte, pero refiriéndose al mismo tema, dijo el recurrente que los árbitros señalaron en el laudo que el distrito de Buenaventura no es responsable por dos razones: a) porque el relleno sanitario de Zacarías no se construyó porque la Aeronáutica Civil no emitió concepto favorable, debido a que el predio en que se proyecta la construcción estaba dentro del perímetro de restricción del aeropuerto y b) porque Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., como experto que era en temas relacionados con el servicio público de aseo, tenía la obligación de advertir de esa situación al distrito, debido a su debilidad institucional y técnica.

Sobre el particular, expresó que, en virtud del principio de responsabilidad previsto en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, las entidades estatales, en virtud de sus obligaciones de control y vigilancia, son responsables por la información que incluyan en los pliegos de condiciones y advirtió que el hecho de que la concesionaria fuera experta en servicios públicos domiciliarios no significaba que estuviera obligada a proponer las modificaciones del contrato para lograr su cumplimiento, sino que esa era una obligación la entidad pública contratante y agregó que, en todo caso, como lo reconoció el tribunal, en reiteradas ocasiones le solicitó al distrito que modificara el contrato para evitar que se continuaran causando perjuicios.

Finalizó la sustentación de este aspecto refiriéndose al contenido de un acta celebrada entre las partes en el año 2013, en la que el alcalde Buenaventura señaló que el distrito habría reconocido la responsabilidad de la entidad territorial, hecho que fue admitido por el apoderado de la entidad pública, a pesar de lo cual, “inexplicablemente”, los árbitros consideraron que no había incumplimiento contractual de la entidad pública.

**iv) El tribunal arbitral le asignó a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. obligaciones inexistentes**

Señaló en este punto que, a pesar de que desde el inicio del laudo se destacó que el distrito de Buenaventura contrató a un operador especializado que se encargaría de la construcción y operación de la primera fase del relleno sanitario en el corregimiento de Zacarías, en ese mismo momento el tribunal empezó a hacer una serie de aseveraciones que no se ajustan a lo que las partes acordaron en el contrato.

Refirió que en la página 39 del laudo se indicó que era obligación del contratista, al ser un operador especializado y con experiencia en la materia, informar al distrito acerca de la imposibilidad de ejecutar el objeto pactado respecto de la construcción del relleno sanitario en Zacarías y respecto de la disposición final según las normas vigentes y, por tanto, que era de su cargo acordar con él los mecanismos necesarios para el debido cumplimiento del negocio jurídico, frente a lo cual señaló que en ninguna parte del contrato de concesión se dispuso que si no se podía realizar la disposición final se debían acordar los mecanismos necesario para el debido cumplimiento del contrato y adujo que el tribunal pretendió justificar la existencia de esa obligación en el principio de la buena fe objetiva, pero que lo que éste busca es que se respete la esencia de lo pactado. Reprochó, en consecuencia, que se utilizara el principio para trasladar responsabilidades y obligaciones que la concesionaria nunca asumió.

En ese mismo sentido, dijo que, en consideración a su calidad de experto y a la debilidad institucional del distrito -que fue puesta de presente en los pliegos de condiciones-, el Tribunal le asignó a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. la obligación de advertir al ente territorial que el objeto del contrato, en lo relacionado con el sitio de disposición final del relleno sanitario de Zacarías, no se podía cumplir, por lo cual el negocio se debía revisar y ajustar, proponiendo alternativas para ello.

Al respecto, expresó que la posición de los árbitros era inaceptable en un laudo que debe decidirse en derecho, toda vez que a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. lo contrató el distrito para que construyera un relleno sanitario en Zacarías sobre un predio que la entidad contratante se obligó a entregar, a pesar de lo cual, según el laudo, es la concesionaria la que debe responder por el incumplimiento de su contraparte dada su debilidad e ineficiencia y, además, porque en el laudo se le asignó una nueva obligación de advertencia que debió haber cumplido.

Recalcó que en el laudo, después de hacer alusión al pliego de condiciones, se indicó que el distrito estaba gestionando la construcción del relleno sanitario de “Córdoba” que se entregaría al concesionario con su respectiva licencia para su operación y mantenimiento, pero que los pliegos se referían al terreno ubicado en Zacarías y que era probable que tal aseveración tuviera origen en la “interpretación indebida que hace el Tribunal de todo el negocio jurídico”[[25]](#footnote-25).

Destacó que en el laudo se indicó que la concesionaria estaba obligada a adecuar el botadero de Córdoba para poder utilizarlo como sitio de disposición final, afirmación que, según dijo, falta a la verdad porque, en su sentir, las únicas obligaciones relacionadas con ese botadero quedaron contenidas en el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones y en el adendo 4, en donde se señaló que ese lugar sería utilizado transitoriamente y que tendría que ser optimizado para operar como botadero transitorio, pero que en ningún momento se incluyeron obligaciones relacionadas con su adecuación o transformación.

Señaló también que en el laudo recurrido se indicó que la concesionaria tenía la obligación de obtener de la autoridad ambiental el permiso para operar el botadero de Córdoba como vaso transitorio, con las condiciones técnicas de relleno sanitario, para poder cobrar el componente de disposición final y aseveró que esa afirmación no correspondía a la verdad, porque la única obligación ambiental que asumió Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. fue la prevista en el adendo 4 al pliego de condiciones y estaba relacionada con el licenciamiento del lote de Zacarías.

Explicó que, según el adendo mencionado, la concesionaria se comprometió a dar cumplimiento a las obligaciones previstas en la licencia ambiental “del proyecto”, o sea, respecto del relleno sanitario de Zacarías y que en el documento se señaló también que se hacía entrega de la licencia ambiental vigente, que era la de ese mismo terreno y aseveró que fue frente a ella que se obligó a realizar los ajustes que fueran necesarios.

Dijo, igualmente, que en ese adendo se expresó que, mientras se ajustaba la licencia, el concesionario debía operar en el relleno de Córdoba, pero que, como el distrito incumplió el contrato, ello obligó a la concesionaria a operar en un lugar que no cumplía con los requisitos ambientales ni técnicos para hacer las veces de relleno sanitario.

Afirmó que uno de los apartes más delicados del laudo lo constituye la interpretación que el tribunal de arbitramento realizó respecto de la comunicación BMA SA ESP del 7 de marzo de 2007, por medio de la cual la concesionaria se dirigió al Director Regional de la CVC para informarle que, ante la posibilidad de que la aeronáutica no emitiera concepto favorable para la construcción del relleno sanitario en el lote de Zacarías, se habían iniciado negociaciones con el propietario del lote de Córdoba, para realizar un levantamiento topográfico en toda su extensión y presentar a esa Corporación un nuevo proyecto que integrara esa celda y el antiguo vertedero a otro conjunto de celdas que dieran solución definitiva al problema.

Manifestó que era evidente que lo que estaba haciendo la concesionaria era proponiendo una solución que permitiera mitigar el daño que se le podría causar al distrito y a ella misma como operadora del servicio por la imposibilidad de utilizar el predio de Zacarías como relleno sanitario, por lo cual esa actuación diligente de la contratista no podía ser interpretada como una aceptación tácita de responsabilidad y de obligaciones que no fueron asignadas en los documentos contractuales, a pesar de lo cual el tribunal, sobre la base de su contenido, concluyó que el operador tenía el deber de adecuar el botadero de Córdoba para que funcionara como relleno sanitario.

Y agregó que “sorprende la capacidad de imaginación del panel arbitral. Es claro que lo señalado por los árbitros no lo dice la comunicación de BMA SA ESP. Por más de que el Tribunal insista (fol. 59) en la supuesta obligación de adecuación y transformación del botadero de Córdoba por parte de BMA SA ESP., con solo revisar los documentos contractuales se puede concluir que esa aseveración está alejada de la realidad”[[26]](#footnote-26).

Enfatizó que, a diferencia de lo señalado por el tribunal de arbitramento, la concesionaria se hubiera obligado a realizar, desde el principio del contrato, las adecuaciones necesarias y obtener los permisos para que el lote del corregimiento de Córdoba cumpliera con las normas ambientales para poder realizar en ese lugar la disposición final de los residuos sólidos y afirmó que el laudo se aparta del acervo probatorio que da cuenta de las obligaciones que asumieron las partes y llega a conclusiones apresuradas, soportadas en su leal saber y entender, pues esa obligación jamás existió.

Finalizó la sustentación de este argumento señalando que la asignación de obligaciones inexistentes a cargo de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. era recurrente en el laudo, lo que demostraba que la intención de los árbitros siempre fue la de negar las pretensiones de la demanda, “sin importar que para ello se tuviera que asignar a BMA SA ESP., (sic) obligaciones francamente inexistentes, apelando siempre a la supuesta debilidad institucional e ineficiencia de la entidad territorial, o lo que es lo mismo, a razonamientos soportados en la idea que aquellos tienen de justicia y equidad”[[27]](#footnote-27).

**v) Aplicación inadecuada de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la oportunidad para reclamar el rompimiento del equilibrio económico del contrato. Otrosí 4**

La parte recurrente reprochó que el tribunal de arbitramento, “sin ninguna justificación jurídica”, determinara que a través del otrosí 4 las partes “pactaron las condiciones para restablecer el equilibrio económico del contrato que venía aduciendo y reclamando Buenaventura Medio Ambiente, en el otrosí Buenaventura Medio Ambiente no formuló salvedad con relación a que quedará (sic) pendiente restablecimiento del equilibrio económico alguno” y concluyó en el laudo que, “de conformidad el principio de la Buena Fe (sic) y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede Buenaventura Medio Ambiente, con posterioridad a la firma del OTROSÍ No. 4 de agosto 23 de 2013 (sic) formular reclamación por supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión No. 089 de 2004, por hechos ocurridos con anterioridad a agosto 23 de 2013. Esto, advierte el Tribunal (sic), sin perjuicio de los demás aspectos que han sido materia de análisis”[[28]](#footnote-28).

Arguyó que ni en los considerandos ni en las cláusulas del otrosí Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. manifestó su intención de restablecer el equilibrio económico de contrato; por el contrario, en el acuerdo se dispuso expresamente que los valores allí reconocidos eran solamente para la vigencia 2013 y que el operador solo los aceptaba durante la vigencia del otrosí.

Destacó que, según la jurisprudencia a la que acudió el tribunal de arbitramento, lo que reprocha el Consejo de Estado es que, cuando las partes llegan a acuerdos para resolver el desequilibrio económico que se ha venido reclamando, no pueden volver a requerir sobre lo mismo sin que se vea cercenado el principio de la buena fe.

Expresó que la jurisprudencia no dice que cada vez que se modifique un contrato estatal, sin importar cuál sea el caso o motivo, si no se deja una salvedad, en el futuro no se puede reclamar el equilibrio económico del contrato.

Insistió en que el otrosí 4 no se suscribió para restablecer el equilibrio económico del contrato, sino para convenir el pago por la operación en el corregimiento de Córdoba durante la vigencia específica de 2013; sin embargo, a su juicio, el tribunal de arbitramento “hábilmente y sin ningún sustento”[[29]](#footnote-29) afirmó que la intención de las partes fue fijar las condiciones para restablecer el equilibrio económico del contrato, “para así poder aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado y así poder justificar la decisión que ya habían tomado, la cual estaba basada en sus propias convicciones y su idea de justicia y equidad[[30]](#footnote-30).

Por último, en lo que a este argumento concierne, la recurrente enfatizó que el tribunal señaló en el laudo que el otrosí 4 se suscribió para “restablecer el equilibrio económico del contrato por los costos causados por la construcción de la celda transitoria”[[31]](#footnote-31), afirmación frente a la cual advirtió que en ninguna parte del acuerdo de voluntades se hizo referencia a la celda transitoria y derivó de esa circunstancia lo que consideró una evidente contradicción respecto de la finalidad del otrosí: el restablecimiento de la ecuación económica del contrato que venía aduciendo la concesionaria o el restablecimiento por los costos causados por la construcción de la celda transitoria y coligió que “la contradicción es evidente, el Laudo del 31 de mayo de 2017 no fue un laudo proferido en derecho”[[32]](#footnote-32).

**vi) “Del reproche ambiental a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P.”**

En este punto, expresó que en el laudo se hizo un extenso análisis de cada una de las resoluciones de la CVC, por medio de las cuales se sancionó al distrito de Buenaventura y a la concesionaria, según dijo, “con el fin de hacer parecer que el operador privado era un contratista incumplido y como tal no podía reconocérsele el equilibrio económico del contrato”[[33]](#footnote-33).

Arguyó que el reproche ambiental se derivó de operar en el botadero de Córdoba sin cumplir la normatividad ambiental e insistió en que, “como ha quedado ampliamente probado en el presente Recurso (sic) (y en el proceso), (sic): i)no era obligación de BMA SA ESP., (sic) adecuar o transformar el botadero de Córdoba y ii) BMA SA ESP fue obligado a utilizar ese botadero de Córdoba después del 3 de octubre de 2005 debido al incumplimiento del distrito de Buenaventura y para evitar una crisis social, ambiental y sanitaria”[[34]](#footnote-34) y aseveró que “lo único que prueban esas Resoluciones (sic) son los perjuicios que sufrió BMA SA ESP por culpa de su cocontratante”[[35]](#footnote-35).

**vii) Valoración del dictamen pericial**

Además de todo lo anterior, en un acápite que denominó “Algunos comentarios al Dictamen Pericial (sic)”, la parte recurrente señaló que lo que pretende es que se anule el laudo arbitral proferido el 31 de mayo de 2017, para que, en virtud del artículo 43 de la ley 1563 de 2012, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. proceda a convocar un nuevo tribunal en el que las pruebas debidamente practicadas conservarán su validez.

Agregó, sin embargo, que a pesar de que el dictamen no fue objetado por la convocada, así como tampoco el juramento estimatorio, éste fue evaluado por el tribunal de arbitramento para sacar conclusiones que nada tenían que ver con su objeto, puesto que únicamente pretendía cuantificar el valor dejado de percibir por la concesionaria al no cobrar el componente de disposición final de la tarifa, mientras que, según dijo, los árbitros lo utilizaron para llegar a conclusiones que no se ajustan a lo pactado por las parte y concluyó que era “incuestionable que la intención del Tribunal Arbitral (sic) era la de justificar de cualquier manera la decisión que ya había tomado: negar las pretensiones de la demanda de BMA SA ESP., dadas las calidades del Distrito de Buenaventura”[[36]](#footnote-36).

Según lo indicado por el Secretario del tribunal de arbitramento, la parte convocada no se pronunció dentro del término de traslado del recurso extraordinario de anulación[[37]](#footnote-37).

**CONSIDERACIONES**

**1. Oportunidad del recurso**

El recurso de anulación fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la ley 1563 de 2012[[38]](#footnote-38), teniendo en cuenta que el laudo arbitral se profirió el 31 de mayo de 2017 y, según lo certificó el Secretario del tribunal arbitral, aquél fue interpuesto el 17 de julio de 2017, es decir, dentro de los 30 días hábiles siguientes.

**2. Competencia de la Sala para conocer del recurso**

El artículo 46 de la ley 1563 de 2012 fijó el marco de competencia general para el conocimiento de los recursos procedentes contra los laudos arbitrales, así:

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

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

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

En este caso, la controversia está relacionada con el “CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ASEO DOMICILIARIO” 089, celebrado el 20 de diciembre de 2004 entre el hoy distrito especial de Buenaventura y Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., de modo que el laudo arbitral definió un conflicto relativo a un contrato en el que es parte una entidad pública, por lo cual la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, en única instancia.

**3. El análisis del recurso extraordinario de anulación**

Para resolver si la causal invocada por la parte recurrente se configuró y si, en consecuencia, es procedente anular la decisión arbitral proferida el 31 de mayo de 2017, la Sala estudiará, el alcance de la causal invocada según la evolución jurisprudencial que la Corporación ha desarrollado sobre el tema; para ello, acudirá al análisis que en ese sentido realizó esta misma Subsección en sentencia del 17 de agosto de 2017[[39]](#footnote-39) y, con fundamento en ese estudio, abordará los cargos en los que se sustentó el recurso de anulación presentado por Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P.

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

En la providencia acabada de mencionar, la Sala realizó un recorrido jurisprudencial respecto de la causal de anulación anotada, con el propósito de establecer su estado actual, recuento que se reiterará en esta oportunidad, teniendo en cuenta que, como en aquella, la parte recurrente consideró configurada la causal, porque, a su juicio, los árbitros se apartaron del ordenamiento jurídico y de las pruebas obrantes en el proceso; por tanto, las menciones jurisprudenciales que se evocaron entonces también son pertinentes ahora para la resolución del presente caso.

En 1992[[40]](#footnote-40), la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que el criterio básico para determinar si el fallo es en derecho es que se halle fundamentado en el ordenamiento jurídico[[41]](#footnote-41) y que el marco de referencia sea sólo éste; por consiguiente, los árbitros están sometidos solo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral y a las sustantivas que establecen los derechos subjetivos en controversia, *“*… no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley…*”*[[42]](#footnote-42).

Cuando decide en conciencia, en cambio, el juez arbitral se mueve en un marco normativo diferente, más amplio, porque cuando así actúa tiene la facultad de decidir “exi quo (sic) et bono”[[43]](#footnote-43), esto es, “conforme a la equidad o según el leal saber y entender*”*[[44]](#footnote-44).

La jurisprudencia de esa época señaló que cuando el juez decide en conciencia puede conciliar pretensiones opuestas e, incluso, decidir sobre supuestos que no estén plenamente acreditados con la prueba aducida, posibilidad que está vedada cuando el fallo deber ser proferido en derecho[[45]](#footnote-45).

Lo anterior supone que, en los albores de la jurisprudencia sobre el recurso de anulación, se asimilaban el fallo en equidad y el fallo en conciencia.

Precisamente, por eso se decía que el fallo en conciencia debía ser motivado, no podía ser arbitrario, pues al margen de cuál fuera la modalidad de arbitraje, todos los jueces administran transitoriamente justicia y, por consiguiente, no pueden desconocer los hechos que informan la litis, ni pueden apartarse de las reglas de la lógica o de la experiencia para decidir, dado que unas y otras constituyen reglas elementales de la recta y adecuada administración de justicia.

Así, la decisión en conciencia, que la jurisprudencia asimilaba a la decisión en equidad –reitera la Sala-, era aquella cuyo sustento residía exclusivamente en el fuero interno del juez, esto es, aquella cuyo único fundamento era el leal saber y entender de éste o la verdad sabida y buena fe guardada, pero no obedecía a una finalidad relacionada con los principios de equidad o de justicia y, por lo mismo, no tenía que hacer explícitas las razones de sus conclusiones, es decir, los razonamientos que lo llevan a adoptar la decisión.

En suma, conforme a la jurisprudencia inicial sobre el tema, la causal de anulación analizada se configuraba cuando el fallo dejaba de lado, de forma ostensible, el marco jurídico que debía acatar, para basarse exclusivamente en la equidad, de modo que si, por el contrario, el juez adquiría certeza para otorgar el derecho en disputa con base en el acervo probatorio y con sujeción a los criterios que informan la sana crítica, la decisión era calificada en derecho, al margen de que no señalara el mérito que le otorgaba a cada uno de los medios de prueba aducidos al proceso[[46]](#footnote-46).

El criterio principal expuesto desde 1992 se ha mantenido constante en la jurisprudencia de esta Corporación, pero a través de los años se han decantado algunos supuestos que se ubican en la causal de anulación para darle un entendimiento más concreto.

En efecto, en 1997, la Sección Tercera[[47]](#footnote-47) sostuvo que el juez que debía proferir sus fallos en derecho debía motivarlos y que, dentro de esa motivación, las pruebas merecían un especial tratamiento; no obstante, afirmó la Sala que si se incumplía ese deber en forma absoluta, es decir, si el fallo carecía de motivación, podía ser anulable, pero no cambiaba su esencia para convertirse en fallo en conciencia.

Años más tarde, la Sala de la Sección, aunque mantuvo el criterio[[48]](#footnote-48), fue más precisa al señalar que la “… más mínima referencia que el árbitro haga al derecho, entendido en su más amplia acepción: normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, (sic) jurisprudencia; (sic) hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no en conciencia …*”*[[49]](#footnote-49),de modo que el fallo en conciencia se caracterizaba porque el juez dictaba la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico y tomaba determinaciones siguiendo lo que le dictaba su propia conciencia, “… basado o no en el principio de la equidad …*”* [[50]](#footnote-50), lo que se traducía en una decisión que se identificaba con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2002[[51]](#footnote-51), la Sección Tercera de la Corporación puntualizó que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de modo que la aducción de la causal de anulación no puede justificar la revisión, por parte del juez del recurso extraordinario, de la argumentación jurídica elaborada por el tribunal de arbitramento, pues, de ser así, so pretexto de su interposición se desconocería la convención celebrada por las partes, en virtud de la cual se sustrae el conflicto del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para someterlo a la decisión de árbitros que deben fallar en única instancia.

Por lo anterior, precisó la Sala de la Sección[[52]](#footnote-52) que el recurso de anulación no constituye una nueva instancia, pues las causales previstas para su interposición están dirigidas, en principio, a corregir errores *in procedendo* y, de manera excepcional, errores *in judicando*, caso en el cual los límites del juez están claramente definidos en la ley.

Posteriormente, en sentencia del 6 de julio de 2005[[53]](#footnote-53), la Sala volvió sobre el fallo en conciencia, para señalar que si bien éste se presenta, básicamente, cuando falta apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, podía configurar la causal, de modo que podía ocurrir que el fallo en conciencia se derivara del hecho de que las pruebas que debían ofrecer convicción a los árbitros carecían de soporte valorativo - normativo y, por consiguiente, la decisión se fundara en la pura y simple conciencia del árbitro.

No obstante, la Sala hizo salvedad de que el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, no significaba que los árbitros no tuvieran la libertad de valorar las pruebas según los postulados que informan la sana crítica, sino que la causal se configuraba, por el aspecto probatorio, cuando los medios de prueba no tuvieran la virtualidad de ser valorados, de tal suerte que la jurisprudencia se fue perfilando para señalar que la causal de anulación se estructuraba cuando la decisión no estaba fundada en el derecho objetivo que regulaba la controversia o se profiriera sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico y, por el aspecto probatorio, cuando se adoptaba con fundamento en pruebas que carecían de soporte valorativo - normativo, pues la decisión debía ser expresión de las pruebas obrantes en el proceso, valoradas según las reglas de la sana crítica[[54]](#footnote-54).

Posteriormente, mediante sentencia del 7 de junio de 2007[[55]](#footnote-55), la jurisprudencia de la Sección reiteró la caracterización general del laudo en conciencia, pero matizó la posición expuesta en 1997, según la cual “… la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, (sic) hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’ …*”[[56]](#footnote-56)*, pues consideró que tal afirmación implicaba que la simple enunciación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construía al margen de consideraciones realmente basadas en el derecho, permitía sostener que la decisión de los árbitros no estaba incursa en la causal de anulación analizada.

Así, dijo la Sala de la Sección que, cuando la jurisprudencia hace alusión a la “…. más mínima referencia … al derecho positivo …*”,* quiere decir que esa referencia debe estar realmente conectada con el sentido de la decisión, lo que, dicho de otra forma, significa que ha de constituir el fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación descontextualizada del hilo argumentativo que conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no juega papel alguno en la cadena de argumentos que, en conjunto, constituyen la argumentación de la decisión.

Sobre el laudo en conciencia, como consecuencia de la carencia de soporte valorativo - normativo de la prueba en que se funda la decisión arbitral, la Sala de la Sección Tercera volvió el 16 de junio de 2008[[57]](#footnote-57), para señalar que a través de esta causal de anulación no es viable plantear o estudiar la violación indirecta de la norma sustancial, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar la prueba en un caso específico[[58]](#footnote-58).

Precisó que el fallo en conciencia corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo, por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas del proceso, para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen, lo que se traduce en el desconocimiento total de la prueba, para trasladar dicho juicio a la conciencia o a la razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto; por el contrario, cuando el juez llega a la convicción con sustento en las normas jurídicas y en la valoración jurídica del acervo probatorio ese fallo será en derecho.

Mediante fallo del 24 de marzo de 2011[[59]](#footnote-59), la Subsección “C” de la Sección Tercera de esta Corporación distinguió el fallo en conciencia del fallo en equidad, lo cual hasta ese momento solo se había planteado desde el punto de vista de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, a través de algunos salvamentos de voto que surgieron después del 13 de mayo de 2009, al decidir un recurso extraordinario de anulación[[60]](#footnote-60) cuya sentencia dejó sin efectos la Corte Constitucional[[61]](#footnote-61).

La Sala de la Subsección “C” comenzó por precisar la noción de equidad en el derecho romano*[[62]](#footnote-62)*, pasando por el concepto acuñado en la época clásica[[63]](#footnote-63) y la gran influencia que tuvo Aristóteles en cuanto a la perspectiva de esta máxima del jusnaturalismo, a la que técnicamente llamó epiqueya, que fue interpretada como un procedimiento de rectificación de la justicia legal, orientado a corregir[[64]](#footnote-64) las iniquidades que pudieran derivarse de la aplicación de la ley o como una enmienda de las omisiones en que incurre ésta al no poder prever todas las situaciones particulares, por su carácter general y abstracto[[65]](#footnote-65); además, hizo alusión al influjo que tuvo el pensamiento cristiano al considerar la equidad como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atemperaba el rigor de la ley[[66]](#footnote-66).

Lo anterior, para precisar que, doctrinariamente, todas esas concepciones sirvieron para elaborar dos postulados en relación con la equidad*: “***a)** El negativo (sic) según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo (sic) que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido*”[[67]](#footnote-67).*

Con fundamento en lo anterior, la Sala de la Subsección “C”[[68]](#footnote-68) planteó la distinción entre los fallos en conciencia y en equidad (conceptos que ahora, en vigencia de la ley 1563 de 2012, distingue expresamente la causal de anulación contemplada en el numeral 7 del artículo 41), así (se transcribe tal como aparece en la providencia en cita):

“El cambio de la expresión legal ‘en conciencia’ por la de ‘en equidad’ no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

“La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamente en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

“Esta garantía cobija cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque ‘en los términos que determine la ley’[[69]](#footnote-69).

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

“Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros (sic), las partes los habilitan[[70]](#footnote-70) para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.[[71]](#footnote-71)

“Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

“Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

“Luego, la gran conclusión es que los fallos en conciencia están proscritos en nuestro sistema jurídico y que se podrá acudir a la equidad como criterio único si la ley o las partes facultan al juzgador para ello.

“Pero, ¿Qué es lo que caracteriza a un fallo en equidad?

“A juicio de la Sala nada mejor que los dos postulados que atrás se mencionaron para determinar si se rotula con la equidad a una decisión.

“En efecto, la providencia será en equidad cuando: **a)** El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; **b)** El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

“Pero, se repite, ninguna de estas hipótesis supone que el juzgador prescinda de la motivación o de las pruebas porque entonces ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de ésta naturaleza están proscritas de nuestro sistema jurídico tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores” (subrayas fuera del texto original).

Las anteriores consideraciones condujeron a que la causal se reinterpretara para señalar que se configura cuando el laudo es en conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción y, por lo tanto, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y, cuando debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros *“*inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad*”* o también *“*cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido*”[[72]](#footnote-72)*.

En el primer evento el laudo se sanciona con anulación, porque en el ordenamiento jurídico colombiano está proscrita cualquier decisión que tenga origen exclusivo en la íntima convicción del juzgador, sin motivación alguna y con prescindencia de toda consideración jurídica o probatoria y, en el segundo evento, se sanciona con anulación, porque todo juez debe someterse al imperio de la Constitución y de la ley, de modo que solo puede acudir a la equidad si la misma ley o las partes lo facultan para ello, de donde se sigue que, si no está autorizado y falla buscando por fuera del ámbito legal la solución o inaplicando la Constitución o la ley por considerarla inicua o que conduce a una iniquidad, su decisión es ilegal[[73]](#footnote-73).

Los antecedentes jurisprudenciales a que se ha hecho alusión sirvieron para que, a través de la sentencia del 12 de febrero de 2014[[74]](#footnote-74), cuyo pronunciamiento base lo constituyó el fallo del 8 de agosto de 2012[[75]](#footnote-75), se precisaran algunos criterios en torno a la materialización del laudo en conciencia, así: i) es el que no se apoya en el derecho positivo vigente, ii) es el que se dicta en equidad, aunque lo árbitros no tienen proscrito absolutamente usar esta última como criterio auxiliar y (iii) es el que se adopta sin consideración a las pruebas. En el mismo pronunciamiento se identificaron algunos supuestos que no constituyen laudo en conciencia, como: i) la interpretación divergente del contrato y de las normas sustantivas y procesales que integran el ordenamiento jurídico por parte de los árbitros, ii) la incursión en una *“*vía de hecho*”*[[76]](#footnote-76) y (iii) la decisión equivocada.

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

En ese contexto, en la mencionada providencia la Subsección extrajo las siguientes conclusiones que abarcan de manera concisa y clara el estado actual de la jurisprudencia al respecto, así:

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

“1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política[[77]](#footnote-77).

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

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

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

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

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

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

“6.- **La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia**” (destaca la Sala).

Bajo las anteriores premisas, la Sala abordará el estudio de los argumentos por los cuales, en sentir de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., la decisión arbitral proferido el 31 de 2017 no corresponde a un laudo en derecho.

**3.2. El estudio de los cargos en los que la parte recurrente sustentó la configuración de la causal 7 del artículo 43 de la ley 1563 de 2012**

**i) “Aplicación de la ley en el tiempo”**

En este punto, la parte recurrente discute sobre las razones que utilizó el Tribunal de Arbitramento para negar las pretensiones de la demanda, específicamente, sobre aquellas que lo llevaron a concluir que la causa de no poder cobrar el componente de disposición final residía en una **norma preexistente a la licitación**, la cual era conocida por el operador, para señalar, en contrario, que en realidad la causa por la que no se pudo cobrar el componente de disposición final de los residuos sólidos consistió en un incumplimiento del distrito de Buenaventura.

Sin hacer mayores esfuerzos, observa la Sala que en este punto el argumento se dirige a cuestionar una conclusión a la que arribó el Tribunal de Arbitramento, no porque se hubiera resuelto sin base en el derecho positivo vigente aplicable al caso concreto, sino porque el recurrente no comparte los alcances que el Tribunal le otorgó a las obligaciones contractuales que asumió la concesionaria, lo que hizo con base en el estudio de las normas contenidas en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión.

Para sustentar este argumento, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. expresó, entre otras razones, que no era cierto, como en distintas oportunidades se indicó en el laudo, que el concesionario hubiera asumido la obligación de adecuar el lote de Córdoba para transformarlo en un relleno sanitario y aclaró que ese lote era un botadero transitorio que debía haberse clausurado el 3 de octubre de 2005 y que la única obligación que tenía el concesionario era adecuarlo para operarlo provisionalmente como botadero hasta esa fecha, cuando, según las resoluciones de la CRA, el servicio de aseo sólo se podía prestar en un lugar que cumpliera con las características de relleno sanitario.

El argumento claramente se dirige a controvertir lo afirmado por el Tribunal al respecto, porque la decisión de los árbitros se fundamentó –según el recurso- en lo que éstos consideraron elementos de justicia y equidad según sus propias convicciones y no en el ordenamiento jurídico colombiano ni en los elementos que hacen parte del acervo probatorio; sin embargo, como ya se advirtió, a juicio de la Sala lo resuelto por el Tribunal se edificó sobre el análisis que realizó de las normas del pliego de condiciones, del contrato y de las resoluciones de la CRA, aplicables al negocio jurídico, tal y como pasa a esbozarse:

En la parte inicial del laudo el tribunal, después de señalar que, según lo indicado en el pliego de condiciones, el régimen jurídico aplicable al contrato era contenido la ley 142 de 1994, en la ley 689 de 2001 y en la ley 80 de 1991, se remitió a algunos apartes de ese mismo documento, entre ellos, al numeral 2.3., que disponía:

“Además de los derechos y de las obligaciones que de manera general establecen los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993 para las partes y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, el concesionario **deberá observa y cumplir las obligaciones que la legislación impone a las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios** (sic) **en la ley 142 de 1994, las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y demás normas concordantes**, y estará sujeto a la regulación de la misma Comisión.

**Así mismo el Concesionario deberá realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el desarrollo del Contrato** (sic)**, teniendo en cuenta para estos efectos las adecuaciones, construcciones**, la administración, operación, el mantenimiento y seguimiento ambiental al aprobado por la autoridad ambiental competente y las inversiones sobre el pasivo ambiental que llegue a generarse y que estén en concordancia con el servicio integral de aseo” (destacado en el laudo arbitral)[[78]](#footnote-78).

Posteriormente, indicó que en el pliego de condiciones se hizo énfasis de forma independiente al componente de manejo de residuos sólidos, así:

“1) En el numeral 3.1. ‘**Objeto de la Licitación**’, a reglón seguido el inciso atinente a que el contrato comprende la operación del relleno Sanitario. Se incluyó un inciso que dice:

‘Así mismo, se encargará de todo lo relacionado con la administración, operación de la disposición final de los residuos sólidos, a efectos de responsabilizarse por el manejo del terreno, mantener, dotar y operar el sistema de eliminación escogido por el CONCESIONARIO, que servirá para la disposición final de los residuos sólidos generados en el Municipio (sic) de Buenaventura’.

“2) En e l numeral 31.1. literal d advirtió que el proponente debía tener en cuenta la ‘Operación del basurero existente y la Operación del Relleno Sanitario cuando está (sic)debidamente aprobado y construido’;

“3) En el mismo numeral 3.1., al apreciar lo atinente a la ‘Disposición Final’ se refirió nuevamente al lote de terreno ubicado en el Municipio (sic) de Córdoba, indicando que él se utilizaba temporalmente para la disposición final, e indicó que el proponente debía conocer su estado ‘**y una vez inicie la operación del mismo deberá buscar la optimización de su utilización temporal**’;

“4) Se indicó que el Distrito estaba gestionado la construcción del relleno sanitario de Córdoba (sic) y que se entregaría al concesionario el sitio con su respectiva licencia para su operación, mantenimiento y operación”[[79]](#footnote-79)

Y, con base en tales normas, concluyó lo siguiente:

“De las reglas contractuales establecidas en los pliegos por el Distrito de Buenaventura se tiene:

“- El Distrito de Buenaventura precisó que el objeto del contrato era la prestación del servicio de aseo domiciliario de Aseo (sic) y comprendía la de la (sic) construcción, operación primera fase de un relleno sanitario en el Corregimiento de Zacarías;

“- Que hasta tanto se tuviera licencia ambiental para la construcción del relleno sanitario de Zacarías el Cocesionario realizaría la disposición final en el lote de Córdoba, para lo cual el proponente se obligaba a conocer su estado y **una vez iniciara la operación del mismo realizar su optimización temporal**.

“Lo previsto en los apartes transcritos y analizado del Capítulo ‘3 DE LICITACIÓN’, tiene especial importancia en el problema jurídico a resolver por este Tribunal.

“En primer lugar, se debe advertir que el Concesionario no solo tenía pleno conocimiento que la disposición final se estaba realizando en un lote en Córdoba, sino que se comprometió a conocer el estado del mismo, antes de presentar la propuesta, y a optimizarlo para su utilización temporal como sitio de disposición final. La optimización del sitio es la adecuación de él en los términos de las normas vigentes, para que se pudiera realizar la disposición final en los términos exigidos por la CRA y por lo tanto, según las normas que regulan la prestación del servicio, citadas en la demanda, en el peritaje acompañado con ella, por el perito en la audiencia de sustentación, ello generaba, cumplidas ellas, el derecho a cobrar y recibir el componente de la tarifa de disposición final de los residuos sólidos en el lote de Córdoba, dependía de que él realizara la optimización del mismo y obtuviera las respectivas licencias para ser utilizado como baso transitorio.

“Pero no menos importante es el hecho que el sitio de disposición final de Córdoba, (sic) es un sitio transitorio, insistimos obligado el concesionario a cumplir la normatividad para poder ser utilizado para tal fin.

“(…)

“En los pliegos de condiciones se estableció en forma expresa que la remuneración del contratista era la resultante de aplicar la tarifa propuesta por el número de usuarios y que la tarifa se regiría por lo dispuesto por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- en la resolución 151 de 2001 y las que la habían modificado”[[80]](#footnote-80).

Luego se remitió al contenido del adendo 04 de los pliegos de condiciones, así:

“En el Adendo (sic) 04, entre otras cosas se dispuso:

(…)

’**El oferente ganador deberá operar en forma provisional en el botadero existente en el corregimiento de Córdoba, mientras éste tramita los ajustes a la licencia ambiental existente ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en caso necesario**. Las obligaciones fijadas en la licencia ambiental otorgada para el proyecto correrán por cuenta del operador. Se adjunta copia de licencia ambiental vigente’.

“En este Adendo se reiteró que el Concesionario operaría en forma provisional en el botadero existente en Córdoba **lo cual haría mientas realizaba los ajustes a la licencia ambiental existente para el relleno de Zacarías. Licencia que se entregó con el Adendo** (sic)**. En consecuencia, en los pliegos se radicó en cabeza de quien resultara adjudicatario de la licitación, la responsabilidad y obligación de obtener la licencia ambiental para el relleno sanitario de Zacarías. Además, se preció que el responsable de cumplir las obligaciones ambientales de la licencia era el operador, ósea** (sic) **el concesionario**”[[81]](#footnote-81).

Y, después, se refirió a las cláusulas del contrato, entre ellas, a la primera, en la que se definió el objeto del negocio jurídico; a la segunda, en la que se dispuso que el alcance del contrato era el previsto en el numeral 3.1.1. de los pliegos de condiciones; a la cuarta, sobre documentos del contrato, entre los que se relacionaron la resoluciones 151 de 2001 de la CRA y las demás que expidiera esa Comisión sobre la prestación del servicio de aseo urbano; a la séptima, en la que se establecieron las obligaciones de la concesionaria; a la décimo quinta, sobre valor del contrato y forma de remuneración y a la la sexta, sobre tarifas y reajustes, en la que se estipuló que las tarifas meta propuestas estaban sujetas a las disposiciones legales vigentes, en particular, a las resoluciones expedidas por la CRA y, con base en su contenido, señaló, entre otras cosas, que:

“- El alcance del contrato es el establecido en el numeral 3.1.1. de los pliegos de condiciones, numeral en el cual se estableció que el concesionario operaría tanto en el basurero existente en Córdoba como en el relleno sanitario en Zacarías, una vez estuviera licenciado y construido.

“- En el objeto y alcance del contrato se incluyó la disposición transitoria en el sitio de Córdoba, hasta tanto se licenciara y pusiera en operación el relleno sanitario de Zacarías, siendo obligación del concesionario la optimización del sitio de disposición de Córdoba.

“- Regulan, complementan y determinan las condiciones especiales del contrato las resoluciones expedidas por la CRA que estuvieran vigentes al momento de la presentación de la oferta y presentación (sic) del contrato.

“- Contractualmente se pactó que la remuneración del concesionario es la Tarifa (sic) por él propuesta de conformidad con la resolución 151 de 2001, la cual se aplica según las disposiciones vigentes expedidas por la CRA.

“- Al momento de presentar la propuesta y celebrar el contrato de concesión se encontraba vigente la Resolución (sic) CRA 273 de diciembre de 17 de 2003, la cual modificó el artículo 4.2.2.4 de la Resolución (sic) CRA 151 de 2001 y al hacerlo en el parágrafo de su artículo 1 dispuso: ‘a partir del 3 de octubre de 2005, no se reconocerán costos por disposición final a personas prestadores que operen en sitios distintos a rellenos sanitarios’.

“- Siendo así, el concesionario BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P., con quien se celebró el contrato por ser operador especializado y con experiencia en el sector, al presentar la propuesta y suscribir el contrato tenía pleno conocimiento que de la tarifa propuesta **no podría facturar y cobrar el componente de disposición final si no se realizaba en relleno sanitario. Sabía el proponente, hoy concesionario, que realizaría la disposición temporal en el sitio de Córdoba, lo cual haría transitoriamente hasta tanto se licenciara y se construyera el relleno sanitario de Zacarías, pero a la vez tenía la obligación de optimizar el sitio de disposición de Córdoba y con el trámite de los permisos respectivos, obtener la autorización de la autoridad ambiental para operarlo como vaso transitorio, con las condiciones técnicas de relleno sanitario, con lo cual podía cobrar y facturar el componente de disposición final**”[[82]](#footnote-82).

Como se observa, no es cierto que el Tribunal hubiera acudido a elementos de justicia y equidad según sus propias convicciones, pues, al margen de que se comparta o no la decisión a la que arribó, análisis que no corresponde hacer al Consejo de Estado en estos casos, lo cierto es que, para llegar a las conclusiones que en este punto debate la parte recurrente, el tribunal se basó en las disposiciones del pliego de condiciones, en las del contrato -que son ley para las partes- y, por esa vía, en las de las resoluciones de la CRA, lo que demuestra que el fallo fue en derecho.

**ii) “Calidad de las partes”, iii) “De la Responsabilidad** (sic) **del Distrito de Buenaventura y iv) “El Tribunal Arbitral le asignó a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. obligaciones inexistentes”**

Si bien la parte recurrente presentó de manera independiente estos tres argumentos, la Sala los abordará en forma conjunta, toda vez que unos y otros están íntimamente ligados, veamos:

En el acápite que tituló “calidad de las partes”, la recurrente dijo que el argumento central que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para negar las pretensiones de la demanda se centró en la debilidad institucional del distrito de Buenaventura y en la calidad de experto del concesionario, condiciones de las que aquel tribunal se habría valido para justificar y quitar toda relevancia al incumplimiento atribuible al demandado, para trasladar la responsabilidad de ello al operador privado, al señalar que era de éste la responsabilidad de proponer alternativas y promover los ajustes que fueran necesarios para dar cumplimiento al objeto integral del contrato de concesión, lo que, según la recurrente, constituye prueba incontrovertible de que la decisión no se profirió en derecho.

En este punto, considera la Sala importante precisar que, de acuerdo con los apartes ya transcritos de la providencia, la razón primordial por la que no se accedió a declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato por la imposibilidad del concesionario de incluir en la tarifa el componente de disposición final radicó en que, según el análisis del tribunal, ese fue un hecho atribuible a la demandante, por no haber optimizado el lote de Córdoba, según los términos exigidos por la CRA, lo que de entrada descarta que la decisión se hubiera fundado en la condiciones que las partes tenían frente al objeto contractual pactado y, por tanto, que el laudo no se hubiera proferido en derecho, puesto que, como ya se vio, ese análisis, acertado o no, se fundó en las normas que rigieron el negocio jurídico.

Sin embargo, es oportuno puntualizar que es verdad que el tribunal de arbitramento hizo especial énfasis en la posición de cada una de las partes en el contrato; pero, a partir del contenido del laudo, también es fácil advertir que, si bien esa condición se tuvo en cuenta para resolver el caso, su inclusión en el análisis de la controversia no obedeció al fuero interno de los árbitros, ni a razonamientos de equidad o de justicia, como lo afirmó la parte que recurre, pues, además de que se acudió a ella en consideración a lo señalado en los pliegos de condiciones al respecto, las conclusiones a las que arribó el tribunal no se edificaron sobre la base de ese solo aspecto, sino que su análisis se integró al de los artículos 3 y 5 de la ley 80 de 1993, al de las disposiciones del pliego de condiciones y al de las cláusulas del contrato, especialmente de las relacionadas con la responsabilidad de las partes, lo que evidencia que el fallo sí fue en derecho.

En efecto, al desarrollar el caso concreto el tribunal de arbitramento, después de referirse a la justificación que quedó plasmada en el pliego de condiciones que reguló el proceso de selección que antecedió al contrato de concesión 089 de 2004, expresó que la cláusula “2.3 Derechos y obligaciones de las partes” debía entenderse en el marco que fijó el distrito de Buenaventura en dicha justificación, que consistió en hacer “entrega del servicio de aseo a un operador privado, especializado y con experiencia demostrada en el sector, que garantice la prestación del servicio en óptimas condiciones de eficiencia, acorde con los lineamientos establecidos en la Ley 142 y la Resolución (sic) 151 expedida por la CRA, lo cual hizo el Distrito (sic) de Buenaventura por la manera deficiente como se estaba prestado el servicio, el cual se deterioraba continuamente y ante la debilidad institucional y la falta de capacidad técnica del Recurso(sic) humano existente en la administración distrital”[[83]](#footnote-83).

Enseguida, señaló que, “en el marco de la ley 80, artículos 3 y 5; (sic) la ley 142 de 1994, se estableció de forma expresa que es obligación contractual del CONCESIONARIO ‘(…) realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el desarrollo del Contrato (sic), teniendo en cuenta para tales efectos las adecuaciones, las construcciones (…)’. Mientras que para el Distrito se limitaron sus obligaciones disponiendo: ‘no asume responsabilidades distintas de las relacionadas con la inspección y vigilancia del mismo, a aquellas derivadas **del apoyo** en todo lo relativo al trámite oportuno de la Licencia Ambiental (sic) de la disposición final ante la autoridad ambiental, de común acuerdo con el concesionario …’” (destacó el tribunal de arbitramento).

Adicionalmente, argumentó el tribunal que fue la referenciada justificación la que dio pie para que se pactara que las responsabilidades y obligaciones del distrito en el desarrollo del contrato se limitaran a las relacionadas con la inspección y vigilancia y a dar apoyo en lo relativo al trámite oportuno de la licencia ambiental de disposición final, lo que haría de común acuerdo con el concesionario y fue, en ese contexto, es decir, tomando como referente la justificación de la contratación y la cláusula de responsabilidad, que los árbitros le otorgaron relevancia al papel de cada una de las partes en el contrato.

Se refirió el tribunal al acápite 2.4 del pliego de condiciones sobre dirección, control y vigilancia de la concesión y destacó el numeral 2.8, relativo a la responsabilidad de la entidad pública y el 2.9, atinente a la responsabilidad del privado y, con fundamento en su contenido, concluyó lo siguiente:

“- La Dirección General y Responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato es del Distrito de Buenaventura. Esta es la única responsabilidad que asume el Distrito de Buenaventura (2.4 y 2.8);

“- El concesionario, hoy Buenaventura Medio Ambiente, demandante en este proceso arbitral, asume la prestación del servicio bajo su propia responsabilidad. Asume toda responsabilidad financiera, con excepción de los subsidios que deben ser aportado por el MUNICIPIO, (2.9);

“(…)

“De esta forma en los pliegos de condiciones se reiteró una vez más que la responsabilidad del distrito contratante era de dirección, control y vigilancia, y que a partir de la firma del contrato el CONCESIONARIO asumía bajo su propia responsabilidad la prestación integral del servicio de aseo, en todos sus componentes, y esto es así, por cuanto (sic) como se indicó en los pliegos, el distrito celebrara el contrato de concesión por su debilidad institucional y falta de capacidad técnica de su recurso humano para la prestación del servicio de aseo, por lo cual decidió contratar con un operador especializado y con experiencia demostrada en el sector”[[84]](#footnote-84).

En lo que a este punto concierne, dijo la recurrente que la posición del tribunal, según la cual la responsabilidad del distrito se concretó únicamente en realizar la dirección, control y vigilancia del contrato, “está plagada de vicios jurídicos que prueban una vez más que el fallo no fue en derecho”[[85]](#footnote-85) y que el numeral 2.8 de los pliegos de condiciones estaba viciado de nulidad por objeto ilícito, pero que los árbitros no lo declararon así.

La acusación de nulidad respecto de la norma en cuestión no prueba en manera alguna que el laudo se hubiera proferido en conciencia o en equidad; al respecto, recuérdese que, según la jurisprudencia de la Sección, se considera que el laudo es en derecho cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; por ello, dado que la nulidad de la cláusula no se ha declarado, su valoración y aplicación al caso concreto, correcta o errada, no demuestra la configuración de la causal de anulación alegada.

Ahora, la discusión sobre la validez de las normas aplicadas y su valoración por el tribunal de arbitramento no puede ser abordada a través del recurso extraordinario de anulación, pues ello compromete el estudio de fondo del caso, lo cual no puede ser objeto de análisis y pronunciamiento por el Consejo de Estado, porque su competencia se limita a examinar el laudo por vicios en el procedimiento y solo, excepcionalmente, por vicios de fondo, en los casos señalados por la ley.

En ese contexto, aunque pudiera tratarse de una decisión equivocada, es importante reiterar al respecto que ésta no se identifica con el fallo en conciencia o en equidad.

La misma limitación encuentra la Sala respecto de la aseveración hecha por el recurrente en cuanto a que el tribunal de arbitramento confundió los conceptos de responsabilidad y riesgo, así como respecto de la afirmación de que ese era un aspecto que debía ser aclarado en el laudo, puesto que, evidentemente, se trata de imputaciones que sólo podrían ser consideradas al abordar de fondo el estudio del caso, lo que no le está permitido al juez en el marco del recurso extraordinario de anulación, puesto que la finalidad de éste no se dirige a examinar si el tribunal obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, como si se tratara de un recurso ordinario de apelación, sino que las facultades de la Sala se limitan a analizar si se configuraron las causales taxativas de anulación previstas en la ley, las cuales están diseñadas, como ya se dijo, para controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores *in procedendo* y sólo excepcionalmente, en los casos previstos por la ley, por errores *in judicando*.

Ahora bien, en los tres puntos del recurso extraordinario de anulación que ahora se analizan, la recurrente señaló que el fallo proferido por el tribunal de arbitramento no fue en derecho, porque se le asignaron obligaciones con base en la condición de experta que tenía frente al objeto del contrato, pero no porque se hubieran pactado en él.

Se refirió nuevamente a la obligación relacionada con la adecuación del lote ubicado en el corregimiento de Córdoba para realizar la disposición final en ese lugar según las exigencias de la CRA, obligación que ya se estudió y, por tanto, la Sala se remite a lo expresado al respecto en líneas precedentes.

Indicó que el tribunal le atribuyó la obligación de informar al distrito acerca de la imposibilidad de ejecutar el contrato respecto de la construcción del relleno sanitario de Zacarías y respecto de la disposición final según las normas vigentes y, además, que le impuso la obligación de acordar con él los mecanismos necesarios para el debido cumplimiento del contrato.

En lo que a este aspecto concierne, observa la Sala que, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 3 –inciso segundo- y 5 –numeral 2- de la ley 80 de 1993, el tribunal de arbitramento destacó lo siguiente:

“Es finalidad de la contratación estatal el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, (sic) y el particular, en este caso el concesionario, al celebrar el contrato tiene que tener en cuenta que el mismo se celebra y debe ejecutar para cumplir esos fines estatales; (sic)

“Por ello y para ello es obligación del contratista, en este caso el concesionario, colaborar en lo que sea necesario, **para que el objeto contratado se cumpla**. Y por ello, contratante y contratista deben acordar oportunamente todo lo necesario para que dicho objeto se cumpla de forma eficaz y eficiente”[[86]](#footnote-86).

Más adelante, con base en la justificación que, según el pliego de condiciones, motivó la celebración del contrato de concesión 089 de 2004 y en lo señalado respecto de los artículos 3 y 5 de la ley 80 de 1993, expresó:

“Siendo así la obligación del contratista que se seleccionara, enmarcada en los citados artículos de la ley 80 de 1993, es, al ser un operador especializado y con experiencia, garantizar la prestación eficiente y oportuna, dentro de los lineamientos establecidos en la ley. Y si por algún motivo no se podía ejecutar la construcción y operación de la primera fase del relleno sanitario en el corregimiento de Zacarías, si no se podía realizar la disposición final de residuos sólidos de acuerdo con los lineamientos de la legislación vigente, debía informar de esta situación al Distrito de Buenaventura (sic) y acordar con éste todos los mecanismos necesarios para el debido cumplimiento del contrato. (sic) Para la disposición final en los términos de la legislación vigente. (sic) Como lo ha establecido la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo (sic) en reiteradas sentencias, una de ellas la pretranscrita:

‘(…) la buena fe objetiva consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en preservar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia’”[[87]](#footnote-87).

Después de referirse al contenido del pliego de condiciones en relación con las obligaciones de las partes, entre ellas la que asumió el concesionario en el sentido de “realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el desarrollo del contrato…”[[88]](#footnote-88) y de señalar el alcance de responsabilidad asumido por cada una de ellas, aspecto al que ya se hizo referencia, señaló:

“… Por lo tanto, en el momento que se evidenció que no se podía construir el relleno sanitario en Zacarías, la obligación **de las partes**, de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y en el contrato mismo era entrar a revisar el contrato, analizar la viabilidad de su modificación en cuanto a la parte de él que no se puede cumplir, tomar las medidas necesarias para la debida prestación del servicio público de aseo en su componente de disposición final”[[89]](#footnote-89) (destaca la Sala).

Posteriormente, se refirió a las cláusulas del contrato, entre ellas a la séptima -“obligaciones de la concesionaria”-, que preveía, entre otras cosas, que era deber de la contratista “j) poner en conocimiento del MUNICIPIO, cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar la oportunidad y/o eficiencia y eficacia de la **adecuación** y operación del relleno sanitario así como la prestación del servicio materia de este contrato…”[[90]](#footnote-90) y, después, expresó que “del análisis del contrato de Concesión (sic) No. 089 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones (sic) de la licitación se evidencia:

“(…)

“- Es obligación contractual y legal del concesionario colaborar con el Distrito (sic) de Buenaventura para que el objeto del contrato se cumpla; (sic) es obligación del Concesionario (sic) la prestación integral y eficiente del servicio en todos sus componentes; (sic) **Es (sic) obligación del concesionario informar al Distrito (sic) de Buenaventura de todas las circunstancias que afecten la ejecución del contrato y la eficiente prestación del servicio**; (sic) y es obligación del concesionario, en calidad de operador especializado y con experiencia, conocedor que se lo contrato (sic) por esas condiciones y por la debilidad institucional y la falta de capacidad técnica del recurso humano del Municipio (sic) en la materia, informar al Distrito (sic) y proponer las medidas contingentes y las modificaciones al contrato, (sic) que fueran necesarias para la prestación del servicio de forma eficiente y oportuna …”[[91]](#footnote-91) (destaca la Sala).

De todo lo anterior se tiene que la obligación de la concesionaria de informar acerca de la imposibilidad de ejecutar el contrato respecto de la construcción del relleno sanitario de Zacarías y respecto de la disposición final según las normas vigentes, no surgió del fuero interno de los árbitros, según su leal saber y entender, ni a partir de razones de justicia o equidad, sino del contenido de los pliegos de condiciones, en concordancia con las cláusulas del contrato, especialmente con aquellas referidas al compromiso de la concesionaria en el sentido de adelantar todas las actuaciones necesarias para el cumplimiento del objeto pactado y de informar al distrito respecto de cualquier situación que pudiera afectar la oportunidad, eficiencia o eficacia de la adecuación y operación del relleno sanitario, así como de la prestación del servicio concesionado.

Adicionalmente, el tribunal encontró sustento a las referidas obligaciones en el deber legal de colaboración de la concesionaria en su calidad de contratista del Estado y en el principio de buena fe contractual, cuya aplicación, valga señalar, no convierte a la decisión en un fallo en conciencia o en equidad, toda vez que, como lo ha dicho la Corporación[[92]](#footnote-92), la ley no es la única fuente del derecho y, por ello, resolver en derecho no excluye la aplicación de valores y principios; por el contrario, comporta la realización de la justicia en los términos del artículo 2 constitucional, además de que en este caso el principio de buena fe, consagrado como norma constitucional en el artículo 83 de la constitución política de 1991, se aplicó en concordancia con la ley y con las estipulaciones contractuales pactadas por las partes.

Respecto de la obligación de acordar los mecanismos necesarios para el debido cumplimiento del contrato, la consideró exigible respecto de ambas partes y, para ello, se basó en los fines que persigue la contratación estatal - artículo 3 de la ley 80 de 1993- y en el deber de colaboración de los contratistas del Estado –artículo 5 de la misma norma-.

En consecuencia, revisado el laudo se encuentra que el tribunal de arbitramento, también en lo que a este aspecto se refiere, fundó su decisión en las normas que rigieron la relación contractual, por lo cual es posible concluir una vez más que el laudo se profirió en derecho. Diferente es que la parte recurrente disienta de las apreciaciones normativas que sustentaron la decisión.

Señaló también que en el laudo recurrido se indicó que la concesionaria tenía la obligación de obtener de la autoridad ambiental el permiso para operar el botadero de Córdoba como vaso transitorio, con las condiciones técnicas de relleno sanitario, para poder cobrar el componente de disposición final y aseveró que esa afirmación no correspondía a la verdad, porque la única obligación ambiental que asumió Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. fue la prevista en el adendo 4 al pliego de condiciones y estaba relacionada con el licenciamiento del lote de Zacarías.

Explicó que, según el adendo mencionado, la concesionaria se comprometió a dar cumplimiento a las obligaciones previstas en la licencia ambiental “del proyecto”, o sea, respecto del relleno sanitario de Zacarías, que en el documento se señaló también que se hacía entrega de la licencia ambiental vigente, que era la de ese mismo terreno y aseveró que fue frente a ella que se obligó a realizar los ajustes que fueran necesarios.

Con base en el adendo al que se refiere la convocante, el tribunal de arbitramento señaló: “En este Adendo (sic) se reiteró que el Concesionario (sic) operaría de forma provisional en el botadero existente en Córdoba (sic) **lo cual haría mientras realizaba los ajustes a la licencia ambiental existente para el relleno sanitario de Zacarías. Licencia que se entregó con el Adendo** (sic)**. En consecuencia, en los pliegos se radicó en cabeza de quien resultara adjudicatario de la licitación, la responsabilidad y obligación de obtener los ajustes a la licencia ambiental para el relleno sanitario de Zacarías. Además, se precisó, que el responsable de cumplir las obligaciones ambientales de la licencia era el operador, ósea** (sic) **el concesionario**”[[93]](#footnote-93).

Cabe destacar que este punto tiene relación directa con lo estudiado por el tribunal respecto de la obligación del concesionario de optimizar el lote de Córdoba según las exigencias de la CRA y las normas ambientales pertinentes; por tanto, no puede aislarse su estudio al solo extracto resaltado, porque, como se vio, ese aspecto fue objeto de un amplio estudio al que ya se hizo referencia y en el que se encontró que la decisión se fundó en las normas que regularon el contrato.

En el desarrollo de los tres acápites del recurso extraordinario de anulación que acaban de estudiarse, la parte cuestionó la valoración probatoria que el Tribunal realizó respecto de algunas pruebas del plenario; sin embargo, dado que en el siguiente acápite también cuestionó aspectos relacionados con ese tema, la Sala los abordará todos de manera conjunta en el siguiente grupo.

**v) Aplicación inadecuada de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la oportunidad para reclamar el rompimiento del equilibrio económico del contrato. Otrosí 4 y vii) Valoración del dictamen pericial.**

La parte recurrente reprochó que el tribunal de arbitramento, “sin ninguna justificación jurídica”, determinara que a través del otrosí 4 las partes “pactaron las condiciones para restablecer el equilibrio económico del contrato que venía aduciendo y reclamando Buenaventura Medio Ambiente, en el otrosí Buenaventura Medio Ambiente no formuló salvedad con relación a que quedará (sic) pendiente restablecimiento del equilibrio económico alguno” y concluyó en el laudo que, “de conformidad el principio de la Buena Fe (sic) y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede Buenaventura Medio Ambiente, con posterioridad a la firma del OTROSÍ No. 4 de agosto 23 de 2013 (sic) formular reclamación por supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión No. 089 de 2004, por hechos ocurridos con anterioridad a agosto 23 de 2013. Esto, advierte el Tribunal (sic), sin perjuicio de los demás aspectos que han sido materia de análisis”[[94]](#footnote-94).

Arguyó la recurrente que ni en los considerandos ni en las cláusulas del otrosí Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. manifestó su intención de restablecer el equilibrio económico de contrato; por el contrario, en el acuerdo se dispuso expresamente que los valores allí reconocidos eran solamente para la vigencia 2013 y que el operador solo los aceptaba durante la vigencia del otrosí.

Revisado el punto, encuentra la Sala que el tribunal de arbitramento expuso de manera expresa en el laudo arbitral la razón por la que consideró que en el otrosí las partes tomaron medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato, fundamento que encontró en la valoración de las reclamaciones que en ese sentido se presentaron antes de la suscripción del otrosí, cuyo sustento, dijo, fue el mismo que se citó en el mencionado acuerdo de voluntades:

“De la correspondencia de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. a la Alcaldía de Buenaventura, aportada con la demanda, avizora el Tribunal:

“(…)

“- en las comunicaciones relacionadas, las cuales están calendadas entre febrero de 2008 y enero de 2012, el concesionario solicitó al Distrito de Buenaventura tomar las medidas para restablecer la ecuación económica del contrato, la cual adujo se vio afectada por los costos que para ella tuvo el realizar adecuaciones en el sitio de disposición de Córdoba para disponer en él, sin haber podido cobrar el componente de la tarifa de disposición final.

“(…)

“OTROSÍ No. 4 –CONTRATO DE OPERACIÓN DE ASEO fecha 23 de agosto de 2013.

“En el texto del documento consta que él se suscribió ‘previas las siguientes consideraciones:

‘(…)

‘2. Que el DISTRITO, como consta en el numeral 3.1.1 del Pliego de Condiciones (sic), que refiere a la propuesta Técnica (sic), específicamente en cuanto a la Disposición Final de los Residuos Sólidos (sic), se obligó a entregar al proponente elegido, el sitio para la construcción del relleno sanitario con su respectiva licencia ambiental para operación, mantenimiento y administración.

‘3. Que a la fecha no se cuenta con el sitio debidamente licenciado, ni con la partida para la construcción de la primera fase de relleno sanitario.

‘4. Que la Secretaría de Infraestructura Vial Distrital en conjunto con la interventoría del contrato realizaron el análisis y evaluación de los costos mensuales de operación del relleno actual.

‘(…) ‘.

 “En el OTROSÍ el DISTRITO DE BUENAVENTURA Y BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P. acordaron:

“(…)

“De los documentos hasta ahora analizados por el Tribunal se evidencia que:

“(…)

“- Entre febrero 13 de 2008 y Enero (sic) 2 de 2012 Buenaventura Medio ambiente S.A. E.S.P. formuló al DISTRITRO DE BUENAVENTURA reclamaciones y solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el cual aducía se había roto porque el Distrito no había entregado debidamente licenciado el lote en el que se debe construir el relleno sanitario, requisito legal para poder efectuar el cobro de dicho componente;

“- El 23 de agosto de 2013 se suscribió el OTROSÍ No. 4, en el cual las partes, citando los mismo (sic) sustento de las reclamaciones formuladas de restablecimiento del equilibrio económico, acuerdan ‘pactar las condiciones contractuales para la realización por parte del operador de la disposición final de los residuos en el actual sitio de disposición final ubicado en corregimiento de Córdoba de conformidad con las siguientes especificaciones técnicas, cantidades y costos para la vigencia de 2013 aprobado por la Interventoría y la Secretaría de Infraetructura Vial los cuales acepta el operador solamente durante la vigencia del presente otro i (sic) o hasta tanto lo disponga el distrito’.

“- Siendo así, en el OTROSÍ No. 4 se pactaron las condiciones para restablecer el equilibrio económico que venía aduciendo y reclamando Buenaventura Medio Ambiente, en el Otrosí Buenaventura Medio Ambiente no formuló salvedad con relación a que quedara pendiente restablecimiento del equilibrio económico alguno”.

A partir de lo anterior es claro que lo que la parte discute no es que el tribunal hubiera prescindido de las pruebas para adoptar la decisión final, ni que éstas carecieran de valor normativo, sino que, a su juicio, las conclusiones a las que arribó el tribunal no se derivan de su análisis.

Lo mismo ocurre respecto del cuestionamiento que realizó en relación con la valoración probatoria que el tribunal de arbitramento realizó respecto de una comunicación que BMA SA ESP envió al Director Regional de la CVC para informarle que, ante la posibilidad de que la aeronáutica no emitiera concepto favorable para construcción del relleno sanitario en el lote de Zacarías, se habían iniciado negociaciones con el propietario del lote de Córdoba, para realizar un levantamiento topográfico en toda su extensión y presentar a esa Corporación un nuevo proyecto que integrara esa celda y el antiguo vertedero a otro conjunto de celdas que dieran solución definitiva al problema.

En efecto, sobre el particular manifestó la recurrente que a partir del contenido del documento era evidente que lo que estaba haciendo la concesionaria era proponiendo una solución que permitiera mitigar el daño que se le podría causar al distrito y a ella misma como operadora del servicio por la imposibilidad de utilizar el predio de Zacarías como relleno sanitario, por lo cual esa actuación diligente de la contratista no podía ser interpretada como una aceptación tácita de responsabilidad y de obligaciones que no fueron asignadas en los documentos contractuales, a pesar de lo cual el tribunal, **sobre la base de su contenido**, concluyó que el operador tenía el deber de adecuar el botadero de Córdoba, para que funcionara como relleno sanitario.

Y agregó que “sorprende la capacidad de imaginación del panel arbitral. Es claro que lo señalado por los árbitros no lo dice la comunicación de BMA SA ESP. Por más de que el Tribunal insista (fol. 59) en la supuesta obligación de adecuación y transformación del botadero de Córdoba por parte de BMA SA ESP., con solo revisar los documentos contractuales se puede concluir que esa aseveración está alejada de la realidad”[[95]](#footnote-95).

Igualmente, en el acápite del recurso de anulación que denominó “Algunos comentarios al Dictamen Pericial (sic)”, adujo que a pesar de que el dictamen no fue objetado por la convocada, así como tampoco el juramento estimatorio, éste fue evaluado por el tribunal de arbitramento para sacar conclusiones que nada tenían que ver con su objeto, puesto que únicamente pretendía cuantificar el valor dejado de percibir por la concesionaria al no cobrar el componente de disposición final de la tarifa, mientras que, según dijo, los árbitros lo utilizaron para llegar a conclusiones que no se ajustan a lo pactado por las partes y concluyó que era “incuestionable que la intención del Tribunal Arbitral era la de justificar de cualquier manera la decisión que ya había tomado: negar las pretensiones de la demanda de BMA SA ESP., dadas las calidades del Distrito (sic) de Buenaventura”.

La Sala advierte, como ya en otras ocasiones lo ha hecho[[96]](#footnote-96), que siendo el proceso arbitral de única instancia la causal de anulación del laudo referida al fallo en conciencia o en equidad no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas hecho por el tribunal.

En el análisis de las causales de anulación se tiene presente que, partiendo del artículo 116 de la Constitución Política[[97]](#footnote-97), al celebrar el pacto arbitral las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros y, por ende, renuncian a someter sus controversias a la vía ordinaria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En ese sentido, teniendo en cuenta la legislación acerca del procedimiento arbitral[[98]](#footnote-98), el pacto correspondiente implica que las partes están de acuerdo en acudir a una decisión que se proferirá por los árbitros en única instancia.

En el contexto legal del procedimiento arbitral, se entiende que, en virtud del pacto respectivo, las partes acuerdan solucionar sus conflictos por la vía de un procedimiento expedito, en el cual se cierra el paso a los asuntos propios de una segunda instancia, como, por ejemplo, la oportunidad de un segundo juicio de valor, una nueva apreciación o una opinión alterna sobre la forma como el contrato debería ser interpretado o sobre el peso específico de las pruebas, lo cual, en el evento del laudo, se decidirá en única instancia, por parte del tribunal de arbitramento.

Ha dicho también la Sección que no es admisible controvertir el laudo a través del recurso de anulación aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia, sino evidentemente de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, pues no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación[[99]](#footnote-99).

Y ha sido enfática la Corporación en señalar que “No se trata pues, y eso está claro, que el recurrente esconda sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana critica- que la ley procesal le confiere”[[100]](#footnote-100).

Así las cosas, dado que la decisión se basó en las reglas que rigieron el contrato, así como en la valoración que el tribunal realizó de las en las pruebas aportadas al proceso, lo que se debe concluir es que el laudo se profirió en derecho, aunque la parte recurrente no comparta la valoración normativa y la probatoria que sustentó la decisión.

**vi) “Del reproche ambiental a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P.”**

En este punto expresó la recurrente que en el laudo se hizo un extenso análisis de cada una de las resoluciones de la CVC, por medio de las cuales se sancionó al distrito de Buenaventura y a la concesionaria, según dijo, “con el fin de hacer parecer que el operador privado era un contratista incumplido y como tal no podía reconocérsele el equilibrio económico del contrato”.

Arguyó que el reproche se derivó de operar en el botadero de Córdoba sin cumplir la normatividad ambiental e insistió en que, “como ha quedado ampliamente probado en el presente Recurso (sic) (y en el proceso),(sic): i)no era obligación de BMA SA ESP., (sic) adecuar o transformar el botadero de Córdoba y ii) BMA SA ESP fue obligado a utilizar ese botadero de Córdoba después del 3 de octubre de 2005 debido al incumplimiento del Distrito de Buenaventura y para evitar una crisis social, ambiental y sanitaria” [[101]](#footnote-101) y aseveró que “lo único que prueban esas Resoluciones (sic) son los perjuicios que sufrió BMA SA ESP por culpa de su cocontratante”[[102]](#footnote-102).

Es evidente que los argumentos planteados por la recurrente, no solo en lo que a este punto concierne sino a todos los planteados en el recurso extraordinario, se asemejan más a una discusión propia de un recurso de apelación, que pretende que se revise la decisión adoptada en primera instancia, es decir, que se revise el fondo de la cuestión, lo que dista y, más que ello, se opone a la naturaleza y fin del recurso extraordinario de anulación, a través del cual no es posible que la autoridad judicial se pronuncié sobre el fondo de la controversia, ni que califique o modifique los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo[[103]](#footnote-103).

De hecho, analizados los argumentos expuestos por la parte recurrente de cara al contenido del laudo arbitral, observa la Sala que ninguno de ellos corresponde a los que pueden ser planteados a través del recurso extraordinario de anulación, toda vez que, en realidad, se edificaron sobre la divergencia o inconformidad de la parte convocante frente al alcance que el tribunal le otorgó a sus obligaciones contractuales, sobre la base del análisis que realizó respecto de las disposiciones del pliego de condiciones, de las del contrato, de las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, así como a partir de la valoración probatoria que desarrolló, para que, en su lugar, se superpongan las razones por las que, a su juicio, las pretensiones de la demanda debieron prosperar, lo que, de suyo, supone que, para analizar tales argumentos se abarque una discusión que escapa al recurso.

El recurso de anulación, tal como se ha venido diciendo, gravita sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento **(*in procedendo*)** en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y solo de manera excepcional por vicios de **fondo (*in judicando*).**

Verificado el contenido del laudo arbitral acusado, salta a la vista que fue proferido con base en la aplicación que del derecho positivo vigente hicieron los árbitros y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de sus razonamientos jurídicos, de la aplicación de la ley o de la interpretación que efectuaron del contrato sometido a su consideración o del mérito que le otorgaron al acervo probatorio, pues ese no es el objetivo del recurso de anulación y mucho menos son argumentos para fundamentar la causal 7ª de anulación prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Para la Sala, es evidente que el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas que hizo, como tampoco respecto del alcance que le imprimió el tribunal de arbitramento al contenido obligacional del contrato de concesión, apoyado en las normas que rigieron el negocio jurídico; porque las apreciaciones y conclusiones del laudo fueron producto de su estudio, lo que demuestra que la decisión, acertada o no -no corresponde a la Sala determinarlo-, no se basó, como planteó el recurrente, en razones de equidad justicia o en las más íntimas convicciones de los árbitros.

Lo antes anotado está en consonancia con el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563, el cual establece de manera perentoria que *“*La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, **ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo**” (destaca la Sala).

Insiste la Sala que la decisión equivocada, si la hay, no se identifica con la decisión en conciencia ni en equidad, de modo que la aducción de la causal de anulación no puede justificar la revisión, por parte del juez del recurso extraordinario, de la argumentación jurídica elaborada por el tribunal de arbitramento, pues, de ser así, so pretexto de su interposición se desconocería la convención celebrada por las partes, en virtud de la cual se sustrae el conflicto del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para someterlo a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia, lo que justifica que el recurso de anulación no constituya una nueva, pues las causales previstas para su interposición están dirigidas, en principio, a corregir errores *in procedendo* y, de manera excepcional, errores *in judicando*, caso en el cual los límites del juez están claramente definidos en la ley.

Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia o en equidad, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de las normas que regularon el contrato por parte del juez arbitral, con el fin de resolver la controversia que fue sometida a su consideración, sin que pueda predicarse que se estructura un fallo en conciencia o en equidad por el simple hecho de que la decisión tomada en el laudo no coincida necesariamente con las argumentaciones o apreciaciones de la recurrente, motivo por el cual se declarará infundado el recurso de anulación.

En conclusión, la causal alegada no prospera, de un lado, porque, en relación con la aseveración de que los árbitros se apartaron del ordenamiento jurídico colombiano, lo que se observa a partir de su contenido es que el fallo se basó en las normas que rigieron la relación contractual, aunque la parte no comparta el análisis que sobre ellas realizó.

Al respecto, cabe resaltar que el contrato y demás documentos que lo conforman es ley para las partes y por eso su aplicación integra la noción de fallo en derecho[[104]](#footnote-104), de tal manera que cuando a él se acude para resolver el conflicto, así sea en un sentido distinto al que argumentan las partes, se erradica la posibilidad de imputar la anulación del laudo por el fallo en conciencia o en equidad[[105]](#footnote-105).

De otra parte, porque, en relación con la aseveración de que se falló sin consideración a las pruebas obrantes en el plenario, se encontró que el tribunal de arbitramento se refirió a cada una de las pruebas del proceso y las valoró en derecho y de acuerdo con los criterios de la sana crítica.

**4. Condena en costas**

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

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación y tampoco que se hubieren causado agencias en derecho, toda vez que el distrito de Buenaventura no presentó actuación alguna durante el trámite del recurso extraordinario de anulación; por ello, no se condenará en costas al recurrente.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso de anulación propuesto por Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral del 31 de mayo de 2017, mediante el cual se resolvieron las controversias surgidas con ocasión del “CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ASEO DOMICILIARIO” 089, que celebró el 20 de diciembre de 2004 con el distrito especial de Buenaventura.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de arbitramento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 156 a 159, cuaderno Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 307 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 2 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 3 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 6 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 1 a 17 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 1 y 2 de cuaderno de actas 3, tomo I. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 3 y 4 del cuaderno de actas 3, tomo I. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 4 y 5 del cuaderno de actas 3, tomo I. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 91 a 96 del cuaderno de actas 3, tomo I. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 243 a 250 del cuaderno de actas 3, tomo II. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 257 a 266 del cuaderno de actas 3, tomo II. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 11 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-14)
15. Tomado del laudo arbitral, porque la contestación de la demanda no obra en el expediente remitido por el Secretario del Tribunal de Arbitramento el 15 de agosto de 2017. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 452 a 456 del cuaderno de actas 3, tomo II. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 20 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 1 a 125 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 130 a 155 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 127 a 129 y 159 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 135 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 141 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 142 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-23)
24. Reverso folio 142 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-24)
25. Reverso folio 154 del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 147 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-26)
27. Reverso folio 148 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 151 y reverso del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 153 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ídem. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ídem. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ídem. [↑](#footnote-ref-32)
33. Reverso folio 153 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-33)
34. Reverso folio 153 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ídem. [↑](#footnote-ref-35)
36. Reverso folio 154 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 159 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-37)
38. “ARTÍCULO 40. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 17 de agosto de 2017, exp. 56347. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6.695. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ibídem. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ibídem. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cita original de la sentencia del 3 de abril de 1992, tomada de “Jurisprudencia Arbitral en Colombia”, U. Externado de Colombia, Bogotá, D.C. 1988, pág. 181. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibídem. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ibídem. [↑](#footnote-ref-45)
46. Sentencia del 3 de abril de 1992, citada en precedencia. En el mismo sentido, en materia de la contemplación de la prueba, ver sentencias del 4 de mayo de 2000 (exp. 16.766), del 27 de julio de 2000 (exp. 17.591) y del 14 de junio de 2001 (exp. 19.334). [↑](#footnote-ref-46)
47. Sentencia del 18 de noviembre de 1997 (exp. 12.202). [↑](#footnote-ref-47)
48. Sentencia del 27 de abril de 1999, exp. 15.623. [↑](#footnote-ref-48)
49. El criterio fue reiterado, entre otras sentencias, en las del 18 de mayo de 2000 (exp. 17.797) y del 8 de febrero de 2001 (exp. 18.411), en las cuales se dijo:

“… si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en conciencia…”. [↑](#footnote-ref-49)
50. Ìdem. [↑](#footnote-ref-50)
51. Exp. 22.191. [↑](#footnote-ref-51)
52. Ibídem. [↑](#footnote-ref-52)
53. Exp. 28.990. [↑](#footnote-ref-53)
54. Esta posición fue reiterada en sentencia del 3 de agosto de 2006 (exp. 31.354). [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 32.896. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ibídem. [↑](#footnote-ref-56)
57. Exp. 34.543. [↑](#footnote-ref-57)
58. En cuanto al error de hecho y error de derecho, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencia 34 del 10 de agosto de 1999, sentencia 35 del 17 de agosto de 1999, sentencia 111 del 1° de diciembre de 1999, sentencia del 19 de octubre de 2000 (exp. 5.442), sentencia del 23 de febrero de 2001 (exp. 5.619). Respecto de error de hecho, ver: sentencia 6 del 12 de febrero de 1998, sentencia 4 del 11 de marzo de 1999, sentencia del 14 de febrero de 2001 (exp. 6.347), sentencia del 23 de febrero de 2001 (exp. 6.399), sentencia del 21 de mayo de 2001 (exp. 5.924), sentencia del 15 de marzo de 2001 (exp. 6.142), sentencia 80 del 18 de septiembre de 1998, sentencia 90 del 22 de octubre de 1998, sentencia 6 del 12 de febrero de 1998, sentencia 11 del 3 de marzo de 1998, sentencia 80 del 18 de septiembre de 1998, sentencia 28 del 27 de julio de 1999, sentencia del 14 de mayo de 2001 (exp. 6.752, sentencia del 14 de mayo de 2001 (exp. 6.752), sentencia del 15 de septiembre de 1993 (exp. 5.430), sentencia del 27 de marzo de 2001 (exp. 5676), sentencia del 2 de febrero de 2001 (exp. 5.670). Sobre error de derecho ver: auto 307 del 25 de noviembre de 1997, sentencia 9 del 22 de abril de 1997, sentencia 19 del 8 de junio de 1999, y sentencia 28 del 11 de noviembre de 1999. [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, exp. 34.484. [↑](#footnote-ref-59)
60. Salvamento de voto de los Consejeros de Estado Ruth Stella Correa Palacio y Ramiro Saavedra Becerra a la sentencia del 13 de mayo de 2009 (exp. 34.525) y aclaraciones de voto de los Consejeros de Estado Myriam Guerrero de Escobar, Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez a la sentencia del 18 de febrero de 2010 (exp. 36.364). [↑](#footnote-ref-60)
61. SU-173 de 2015. [↑](#footnote-ref-61)
62. En el derecho romano la equidad constituía la igualdad misma. Al respecto, ver: P. G. CARON: “Aequitas” Romana, “Misericordia” Patristica Ed “Epicheia” Aristotelica Nella Dottrina Dell “Aequitas” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2 (cita original de la sentencia aludida). [↑](#footnote-ref-62)
63. En la época clásica se equiparó la equidad con el concepto de justicia conmutativa. Ibídem. [↑](#footnote-ref-63)
64. No obstante, es de anotar que algunos filósofos de modelos contemporáneos del siglo XX han criticado el entendimiento que la teoría y la ciencia jurídica dieron sobre la equidad, a partir de la concepción expuesta por Aristóteles, Cicerón y Suárez, pues la equidad, para algunos, no es un procedimiento que busca “corregir la ley”, sino simplemente es una mecanismo tendiente a “interpretar correctamente la ley” en situaciones particulares. Al respecto, ver: RECASÉNS SICHES, Luis: “Tratado General de Filosofía del Derecho”, cuarta edición, México, 1970, p. 654. [↑](#footnote-ref-64)
65. ARISTÓTELES: “Ética a Nicómaco. 5. 10. 1137 b”. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86. [↑](#footnote-ref-65)
66. P. G. CARON: Opus. Cit., p. 6. [↑](#footnote-ref-66)
67. Ibidem, p. 98-104. Cita original de la sentencia del 24 de marzo de 2011. [↑](#footnote-ref-67)
68. Sentencia citada, exp. 34.484. [↑](#footnote-ref-68)
69. Artículo 116 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-69)
70. Artículo 116 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-70)
71. Numeral 1 del artículo 38 del C. P. C. [↑](#footnote-ref-71)
72. Sentencia del 24 de marzo de 2011, citada en precedencia. [↑](#footnote-ref-72)
73. Ibídem. [↑](#footnote-ref-73)
74. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 48.117. [↑](#footnote-ref-74)
75. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 43.089. [↑](#footnote-ref-75)
76. Ibídem. [↑](#footnote-ref-76)
77. Artículo 116.- (…)

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subraya fuera del texto). [↑](#footnote-ref-77)
78. Folio 41 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-78)
79. Folio 46 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-79)
80. Folios 46 a 48 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-80)
81. Folios 46 y 47 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-81)
82. Folios 52 y 53 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-82)
83. Folio 41 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-83)
84. Folio 44 del cuaderno de Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-84)
85. Folio 142 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-85)
86. Folio 23 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-86)
87. Folio 39 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-87)
88. Folio 41 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-88)
89. Folio 47 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-89)
90. Folio 50 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-90)
91. Folio 53 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-91)
92. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 49055. [↑](#footnote-ref-92)
93. Folios 46 y 47 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-93)
94. Folio 151 y reverso del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-94)
95. Folio 147 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-95)
96. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2016, exp. 56728. [↑](#footnote-ref-96)
97. *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.* [↑](#footnote-ref-97)
98. En el sub lite, el Decreto 1818 de 1998. [↑](#footnote-ref-98)
99. En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- la Sección indicó, en el sentido que se viene comentando, que: “Ahora bien, si en sentir del recurrente el análisis probatorio no se sujetó a la verdad de lo sucedido y, el alcance que el juzgador le dió al contrato resultaba equivocado; dicho argumento en realidad constituye una inconformidad sustancial con lo decidido, bien porque resultaba equivocada la valoración o la interpretación del contrato. Pero, esta inconformidad no constituye un error in-procedendo que hubiese afectado la validez de la actuación o que hubiese desconocido el derecho de defensa; en realidad, la inconformidad del recurrente obedece simplemente a la intención que tiene el recurrente de que por esta vía procesal se efectúe otro análisis de las pruebas y del contrato, para lograr una conclusión y una decisión diferente.

(…)

“El fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la mera equidad, lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto los árbitros profirieron la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, en cumplimiento de las reglas de la sana crítica, con sujeción a las disposiciones legales y a las normas contractuales. Cosa distinta es que en sentir del recurrente, la valoración y el alcance que el juzgador le dió a cada uno de los medios probatorios sea abiertamente equivocado.”

En el mismo sentido, agregó la sentencia del 10 de marzo de 2.005 –exp. 27.946-: “La deficiencia en la apreciación probatoria el legislador la ha tenido en cuenta, pero como supuesto de otros medios de defensa, como el recurso extraordinario de casación, al establecer dentro de las causales de casación, la violación de norma de derecho sustancial y señalar que puede ocurrir como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba (art. 368 num. 1 del C. P. C.). Pero se repite que el legislador no contempla los defectos en la apreciación de las pruebas o la pretermisión de alguna de ellas al momento de decidir, como causa jurídica de imputación en un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral y menos bajo el enunciado de haberse emitido fallo en conciencia, debiendo haber sido en derecho. Partiendo de esos conceptos, la Sala examinará si la causal alegada, para anulación del laudo recurrido, se configura.” [↑](#footnote-ref-99)
100. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, exp. 40082 [↑](#footnote-ref-100)
101. Reverso folio 153 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-101)
102. Ídem. [↑](#footnote-ref-102)
103. Artículo 42 Ley 153 de 2012. [↑](#footnote-ref-103)
104. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 46779. [↑](#footnote-ref-104)
105. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28990. [↑](#footnote-ref-105)