

## **FALLO EN DERECHO – Laudo arbitral**

El fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando así actúa tiene la facultad de decidir “exi quo et bono”, locución latina que quiere decir “conforme a la equidad o según el leal saber y entender.

El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro. Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.

Resulta claro entonces, que la distinción entre una y otra forma de fallar, radica en la exigencia que se impone a los árbitros en derecho de ajustar su decisión a las disposiciones legales que regulan la cuestión sometida a su conocimiento, sin dejar de lado el hecho de que deberán apreciar las pruebas de conformidad con las reglas legalmente establecidas para ello, dentro del sistema de la sana crítica dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual el juez goza de libertad para su valoración, obviamente sin desconocer las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, que deben ser tenidas en cuenta al momento de estimar o desechar un medio probatorio.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015).

**Radicación número:11001-03-26-000-2009-00091-00(37261)**

**Actor: ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P. ENELAR S.A. E.S.P.**

**Demandado: MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)**

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el municipio de Guadalajara de Buga –departamento del Valle del Cauca- en contra del laudo arbitral proferido el 24 de junio de 2009, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre las partes.

## **SÍNTESIS DEL CASO**

El tribunal de arbitramento que se constituyó para decidir las controversias contractuales surgidas entre el municipio de Buga y la sociedad ENELAR S.A. E.S.P. con ocasión de la ejecución del contrato n.º 01-97 del 15 de noviembre de 1997, expidió el laudo arbitral con fundamento en cláusula compromisoria válidamente acordada por las partes, con base en las pruebas debidamente decretadas y practicadas, a través de un fallo proferido en derecho, que recayó sobre todas las cuestiones sometidas a su decisión y que eran materia de la controversia que debía resolver.

## **ANTECEDENTES**

### **I. Lo que se demanda**

1. El 2 de julio de 2009, la parte convocada municipio de Guadalajara de Buga –en adelante, municipio de Buga- interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del laudo arbitral proferido el 24 de junio del mismo año para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre dicho municipio y la sociedad Energía y Alumbrado ENELAR S.A. E.S.P. con fundamento en las causales 1, 4, 6, 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, de conformidad con lo dispuesto por

el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 (f. 1 a 66, c. ppl.).

## **II. Actuación procesal**

2. Mediante escrito presentado el 6 de diciembre de 2007 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la sociedad Energía y Alumbrado S.A. E.S.P. , ENELAR S.A. E.S.P., solicitó la integración de un tribunal de arbitramento para que decidiera en derecho las diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión n.º 01-97 del 15 de noviembre de 1997, celebrado con el municipio de Buga.

2.1. Las pretensiones de la demanda arbitral, que se transcriben a continuación, persiguen el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 01-97 celebrado por las partes para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de Buga-Valle del Cauca, por hechos imputables al municipio contratante y su condena a pagar las sumas de dinero necesarias para dicho restablecimiento (f. 1 a 50, c. 1):

### **DECLARACIONES Y CONDENAS**

1. En relación con la facturación y recaudo del impuesto por concepto de alumbrado público a los usuarios no facturados por EPSA E.S.P. :

1.1. Solla S.A. y Concentrados S.A.

- a. *Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, “para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos”, quebrantado como consecuencia de la omisión en que incurrió el municipio para adelantar los cobros a las empresas Solla S.A., y Concentrados S.A., a la primera desde el mes de enero del año 1999 y a la segunda desde el mes de septiembre de 2003, fechas en las*

*cuales cada una de esas empresas dejó de pagar el impuesto de alumbrado público, y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, fecha en que se expide el Acuerdo No. 036 de 2005 del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga.*

- b. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la omisión en que incurrió el municipio para adelantar los cobros de que trata la letra a inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará al concesionario las sumas causadas por concepto del impuesto de alumbrado público a las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A. y que estas empresas se abstuvieron de cancelar, mes a mes, en los periodos individuales indicados con anterioridad, sumas que ascienden a un valor de noventa y cinco millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento sesenta y seis pesos (\$95.464.166.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.*
- c. Que sobre las sumas resultantes mes a mes, de conformidad con la letra b inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que debió efectuarse el recaudo respectivo a cada una de las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A. y hasta la fecha en que se profiera el laudo.*

*1.2. A los usuarios que no son facturados por EPSA E.S.P. y que debe facturar el municipio de Guadalajara de Buga desde que entró a regir el Acuerdo No. 036 de diciembre de 2005.*

- a. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, “para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos”, quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión una suma equivalente al total de la facturación que debe recaudar directamente o por convenio con terceros de los usuarios cuyo tributo no recauda EPSA, desde el mes de enero de 2006, fecha en que entró a regir el Acuerdo del Concejo Municipal No. 036 de 2005, y hasta la fecha en que se profiera el laudo.*
- b. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para transferir a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión una suma equivalente al total de la facturación que se comprometió a recaudar de los usuarios no regulados cuyo tributo no recauda EPSA, el municipio de Guadalajara de Buga debe reconocer y pagar al concesionario la suma que debió ser facturada y recaudada de tales usuarios, mes a mes, desde el mes de enero del año 2006 y hasta la fecha en que se profiera el laudo, en el*

monto que se establezca en el proceso.

- c. Que sobre las sumas resultantes mes a mes, de conformidad con la letra b inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que debió efectuarse el recaudo respectivo de cada uno de los usuarios que se comprometió a facturar y a recaudar el municipio y hasta la fecha en que se profiera el laudo.
- d. Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia de la facturación y el recaudo que se comprometió a realizar el municipio sobre los usuarios que no son facturados por EPSA E.S.P., el municipio de Guadalajara de Buga transferirá a la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el laudo y hasta la fecha en que termine el contrato, mes a mes, una suma equivalente al total de la facturación que corresponde a los usuarios del servicio de alumbrado público que no factura EPSA E.S.P. o, SUBSIDIARIAMENTE, al total de lo que se recaude mes a mes por este concepto.

2. En relación con la aplicación del Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003

2.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la omisión en que han incurrido las autoridades del municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P., desde la fecha en que dicho acuerdo comenzó a regir (junio de 2003) y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, fecha en que se expidió el acuerdo No. 026 de 2005, igualmente del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga.

2.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la omisión en que han incurrido las autoridades del municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo del Concejo Municipal número 081 de mayo 28 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P., el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que se dejaron de facturar por este concepto, desde la fecha en que entró a regir el citado Acuerdo número 081 de 2003 y hasta el mes de diciembre del año 2005, inclusive, suma que asciende a novecientos cuarenta y cinco millones ochenta y nueve mil setecientos cuarenta y dos pesos (\$945.089.742.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.

2.3. Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 2.2. inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, mes a mes, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que se dejaron de facturar cada uno de los ajustes provenientes de la aplicación del citado Artículo Segundo del Acuerdo 081 de 2003 a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P. y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

3. En relación con la aplicación del Acuerdo del Concejo Municipal número 036 de diciembre 31 de 2005

3.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, “para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos”, quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005.

3.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que se han dejado de facturar tanto a los usuarios facturados por EPSA como los usuarios que debe facturar el municipio, mes a mes, desde la fecha en que entró a regir el citado Acuerdo 036 (enero de 2006) y hasta la fecha en que se profiera el laudo respectivo, en los montos que se establezcan dentro del proceso, teniendo en cuenta la diferencia que exista mes a mes con las tarifas que eran aplicables cuando dicho Acuerdo 036 entró a regir.

3.3. Que sobre las sumas resultantes de conformidad con el numeral 3.2 inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, mes a mes, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que entró a regir el Acuerdo 036 de diciembre 31 de 1995 y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

3.4. Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio No. 036 de diciembre 31 de 2005, desde la fecha en que se profiera el laudo y hasta la fecha en que concluya el contrato de concesión y mientras este acuerdo se mantenga vigente, el municipio de Guadalajara de Buga pagará directamente al concesionario, mes a mes, la diferencia que resulte entre la facturación que se realice o deba realizarse a los usuarios

como consecuencia de la aplicación del citado Acuerdo 036 y la facturación que debía realizarse con base en las tarifas que eran aplicables cuando este Acuerdo entró a regir.

4. En relación con el pago de la reactancia:

4.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la mora en que ha incurrido el municipio para reconocer y pagar las sumas que EPSA E.S.P. ha cobrado con cargo a los recaudos por concepto de reactancia.

4.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado en los términos del numeral 4.1 inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total de las sumas que, con cargo al recaudo por concepto del servicio de alumbrado público, se han pagado a EPSA E.S.P. por concepto de reactancia, desde la fecha en que se inició el contrato de concesión y hasta el día 30 de junio del año 2007, en el monto que se establezca dentro del proceso.

4.3. Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 4.2 inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados mes a mes dentro del proceso, desde la fecha en que se realizó a favor de PEPSA E.S.P. cada desembolso por concepto de reactancia y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

5. En relación con el pago que debe realizar ENELAR por concepto del suministro de energía que se destina al alumbrado público

5.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A. E.S.P., para el suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público del mismo municipio, negociación que quedó documentada en el contrato No. DAM-013-2007, suscrito el día 27 de junio de 2007.

5.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A. E.S.P. en el año en curso, para el suministro de la energía eléctrica que se destina al alumbrado público del mismo municipio, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario el valor total del incremento en el precio de la energía suministrada, como consecuencia de lo acordado en el mismo contrato, que haya sido pagado a EPSA E.S.P. con cargo al recaudo de la tarifa por concepto de alumbrado público desde el mes de julio de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo respectivo.

5.3. Que sobre las sumas resultantes de conformidad con el numeral 5.2 inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga reconocerá y pagará las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, mes a mes, liquidados dentro del proceso, calculados desde el mes de julio de 2007 y hasta la fecha en que se profiera el laudo.

5.4. Que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 y evitar que se siga quebrantando como consecuencia del incremento en los precios del suministro de energía, el municipio de Guadalajara de Buga pagará directamente a EPSA E.S.P. el valor correspondiente, o SUBSIDIARIAMENTE, el municipio de Guadalajara de Buga transferirá al concesionario una suma equivalente al desembolso que se realice con cargo al recaudo por este concepto, en la misma fecha en que éste se produzca, desde la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta la fecha de finalización del contrato de concesión.

## 6. En relación con la garantía única

6.1. Que el municipio de Guadalajara de Buga debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 01-97, celebrado entre el municipio de Guadalajara de Buga y la empresa ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, "para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos", quebrantado como consecuencia de los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única.

6.2. Que, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, quebrantado como consecuencia de los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única, el municipio de Guadalajara de Buga debe pagar al concesionario la diferencia que resulta de comparar el pago de la prima que exigió el municipio con el pago que debía realizar de conformidad con el contrato, que es equivalente a la suma de cinco millones seiscientos veinticuatro mil cuarenta y seis pesos (\$5.624.046.00), o la mayor que se acredite dentro del proceso.

6.3. *Que sobre la suma resultante de conformidad con el numeral 6.2 inmediatamente anterior, el municipio de Guadalajara de Buga, por intermedio de su representante, reconocerá las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la fecha en que se realizó el pago de la prima respectiva y hasta el momento en que se profiera el laudo.*

7. *En relación con las declaraciones y condenas que profiera el tribunal*

7.1. *Que al laudo respectivo se le deberá dar cumplimiento por el convocado en la fecha en que quede ejecutoriado.*

7.2. *Que, una vez ejecutoriado el laudo, las sumas establecidas en el mismo a favor de la convocante y con cargo al convocado devengarán los intereses de mora permitidos por la legislación nacional (...).*

2.2. Como sustento de sus pretensiones, la convocante adujo que el municipio de Buga abrió la licitación pública SOP-01-97 en mayo de 1997 con el objeto de “(...) *dar en concesión el mantenimiento de la infraestructura del servicio de alumbrado público municipal, incluyendo el suministro, la instalación de las luminarias y los demás accesorios eléctricos que hacen parte de él*”, licitación que fue declarada desierta y mediante contratación directa, en la que se presentaron 3 propuestas, fue seleccionada la unión temporal Enerbuga, cuyos integrantes constituyeron la sociedad ENELAR S.A. E.S.P., con la cual el municipio celebró el contrato de concesión n.º 01-97 el 15 de noviembre de 1997, para la “*operación y mantenimiento del alumbrado público, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y los accesorios eléctricos*”, con una duración de 20 años. La convocante, agregó:

2.2.1. En la cláusula sexta del contrato se pactó la forma de pago del mismo, mediante la cesión al contratista, por parte del municipio, de los valores que se facturaran por concepto de alumbrado público a los usuarios, los cuales se transferirían a la fiduciaria contratada para administrar los

recursos, la cual, una vez deducida la comisión, procedería a cancelar en primer término el suministro de energía eléctrica por parte de EPSA E.S.P. para el alumbrado público del municipio de Buga, en segundo término, al pago de los créditos obtenidos por el concesionario con el sector financiero y si llegaren a quedar remanentes, serían transferidos al concesionario.

2.2.2. Para la facturación a los usuarios y el recaudo del *“impuesto de alumbrado público”* o tasa de alumbrado público establecida por el concejo municipal, el municipio celebró contrato con la empresa EPSA S.A. E.S.P., para que ésta los realizara respecto de los clientes regulados en el área de jurisdicción del municipio, en las mismas facturas del servicio domiciliario de energía eléctrica.

2.2.3. Para los usuarios no facturados por EPSA, el municipio celebró un otrosí al contrato celebrado con ENELAR S.A., a través del cual la facturación de los mismos quedaba, a partir de junio de 1999, a cargo del concesionario, que fue autorizado para celebrar convenios o contratos para la facturación y el recaudo de la tasa de alumbrado público con otras empresas de servicios públicos domiciliarios, pero desde enero de 2006, el municipio, unilateralmente, le quitó esta facultad con la expedición del Acuerdo 036 del 31 de diciembre de 2005, mediante el cual se autorizó, únicamente, para cobrar el *“impuesto de alumbrado público”* establecido por tal acuerdo, a la distribuidora local y a las comercializadoras, previa suscripción de convenio o contrato con el municipio y mientras éstos se celebraran, sería el municipio quien realizaría dicho cobro. Sin embargo, a la fecha de la demanda, al parecer, el municipio no había suscrito dichos convenios ni había depositado en la fiduciaria suma alguna por este concepto, afectando la remuneración del concesionario, respecto de varios usuarios no facturados por EPSA S.A. E.S.P. y además, la entidad se había abstenido de adelantar el recaudo de la deuda que por este concepto tenían las empresas Solla S.A., desde enero de 1999 y Concentrados S.A., desde septiembre de 2003 y no había cubierto el faltante, lo que también afectaba dicha remuneración. El concesionario solicitó el restablecimiento del

equilibrio económico del contrato por estas circunstancias, y la entidad lo negó.

2.2.4. Sostuvo que el concejo municipal de Buga expidió el Acuerdo 081 del 28 de mayo de 2003 en el que dispuso la indexación mensual del *impuesto*, con base en las medidas de la CREG para establecer el esquema tarifario usado en el sector eléctrico, pero el municipio no exigió su aplicación y en consecuencia, dicho *impuesto* nunca fue indexado por EPSA E.S.P. La concesionaria ENELAR S.A., presentó reclamo por esta situación al municipio, recibiendo respuesta negativa.

2.2.5. El concejo municipal expidió el Acuerdo 036 de 2005, *“por el cual se adopta el impuesto de alumbrado público para Guadalajara de Buga, se fijan sus elementos y se autoriza el cobro (...)”*, en el que consta que las tarifas propuestas por este concepto están soportadas en el estudio técnico económico realizado por la secretaría de obras públicas del municipio, el cual concluyó que la nueva estructura tarifaria, que contemplaba la reducción porcentual de los cobros en los distintos estratos, representaría una disminución de los ingresos, en términos de utilidad para el concesionario, de \$ 59 484 258 mensual, es decir de \$ 713 811 096 al año, con lo cual se evidencia que el municipio contratante adoptó mediante el acuerdo, una decisión que afectaba la remuneración del concesionario, causándole un daño antijurídico y la reclamación que éste efectuó al respecto, también recibió respuesta negativa de la entidad.

2.2.6. A pesar de que el pliego de condiciones no se refirió al cobro de la reactancia como componente independiente, la alcaldía recibió comunicación de la empresa EPSA, en la que le informaba que a partir de esa fecha -2 de octubre de 1997-, estaba adicionando al cobro de alumbrado público, *“24 467,09 Kwh/m correspondiente al consumo por la potencia de la reactancia que poseen las luminarias de mercurio y sodio para su funcionamiento”*, lo que no fue informado a los proponentes, para

que lo incorporaran en los cálculos económicos de sus ofertas y desde la iniciación del contrato de concesión, EPSA había efectuado este cobro adicional, afectando la remuneración del concesionario. La reclamación del contratista por este concepto, también fue desechada por el municipio.

2.2.7. De acuerdo con los términos del contrato de concesión, el pago por concepto del suministro de energía que se destina al alumbrado público en el municipio se cancela con cargo a la remuneración de ENELAR S.A. E.S.P., en primer término, y por lo tanto las variaciones en el valor del suministro de energía tienen directa incidencia en la remuneración del concesionario, quien en la presentación de su oferta, tuvo en cuenta el contrato de suministro de energía eléctrica para el sistema de alumbrado público que tenía celebrado el municipio de Buga con la empresa EPSA S.A. E.S.P., en el que se establecían los parámetros para calcular los costos por concepto de dicho suministro. En junio de 2007, el municipio acordó con EPSA un incremento en el precio del kilovatio-hora por el suministro de energía, para lo cual se establecieron unos nuevos parámetros, el cual sería cancelado con el recaudo por concepto del alumbrado público, que es la remuneración del concesionario, sin que se le hubiera permitido a éste, intervenir en tales negociaciones. Frente a su reclamación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato afectado por esta circunstancia, la misma fue despachada desfavorablemente por la entidad.

2.2.8. En relación con la reclamación por la garantía única, la convocante afirmó que el municipio de Buga había solicitado el incremento de los montos de la misma con base en una interpretación que le dio a la cláusula séptima del contrato, distinta a la que venían entendiendo las partes y que no consulta el significado y el sentido de tal garantía, por lo que el contratista si bien cumplió con el reajuste pedido, no lo comparte.

3. El municipio de Buga **contestó la demanda**, aceptó algunos hechos y de otros manifestó que no le constaban. Propuso las excepciones de i) falta de competencia del tribunal de arbitramento, pues en la demanda se citan terceros determinados e indeterminados, que pueden resultar afectados por la decisión y no hacen parte del pacto arbitral, por lo que el tribunal no puede resolver la controversia en estas condiciones; ii) caducidad de la acción, pues según la convocante, el rompimiento del equilibrio económico del contrato se produjo por el no pago de las sociedades Solla S.A. y Concentrados S.A., lo cual sucedió desde los años 1999 y 2003, respectivamente, es decir que ha transcurrido un término superior a 2 años; iii) e ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, pues la convocante sostiene que el Acuerdo 036 de 2005 le causó un daño antijurídico por el rompimiento del equilibrio económico del contrato que produjo su aplicación y por lo tanto ha debido demandarlo, ya que goza de legalidad y *“si el Acuerdo Municipal es legal, no puede producir perjuicios”*. La entidad convocada se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró (f. 1, 90 y 114, c. 3):

3.1. Que el contrato objeto de la controversia era ilegal, pues fue suscrito por la alcaldía cuando *“ya se habían vencido los términos o el tiempo que se le concede para tal tarea”* por el concejo municipal y que además era un contrato que no le reportaba ninguna contraprestación al municipio, lo que sin duda era contrario a sus intereses.

3.2. Que la convocante no probó el rompimiento del equilibrio económico del contrato aducido en la demanda.

3.3. Que el hecho central de la demanda *“descansa sobre aspectos a los cuales el mismo actor mostró sumisión en todo el itinerario poscontractual y cuando era y es su obligación lo contrario”*, manifestando que ENELAR estaba sujeto a los términos del contrato, de acuerdo con el cual le correspondía asumir el cobro al usuario: *“La administración entrega el*

*derecho a recibir el impuesto y sí lo cede, igual la facultad de demandar del usuario de este servicio el pago de ese impuesto por dicho servicio”.*

3.4. Que el concesionario debió prever que por los cambios en el mercado de la energía, no resultaba posible mantener una tarifa por su suministro, durante más de 10 años.

3.5. Que ENELAR S.A., no ha permitido el acceso a su información alegando que no tiene por qué darla, pues se trata de una persona de derecho privado, por lo cual no hay “(...) un soporte Financiero conocido, serio y del cual la Administración Municipal atendiendo el derecho que a través de la interventoría del contrato de concesión, pueda enfrentar y evaluar para emitir una razón sobre este aparte”.

3.6. Que la Contraloría General de la República informó que se habían detectado irregularidades relacionadas con el programa de sustitución de luminarias, que corre desde el 10 de diciembre de 1997; que al contrato de concesión, no se le había realizado por parte de la administración municipal interventoría administrativa, técnica y financiera durante los 7 años que llevaba de ejecución; que de acuerdo con las disposiciones de la CREG, la tarifa por concepto de tasa o impuesto por alumbrado público incluye el valor de lo que paga el municipio por suministro de energía, además del mantenimiento y la expansión del sistema de alumbrado público y que en el contrato de concesión, no se estableció que esta última estaría a cargo del concesionario; en fin, una serie de observaciones al contrato, que “(...) *nos apunta e indica sin dubitación que estamos frente a un contrato irregular y con vicios de ilegalidad*” y se pide que “(...) *no se abracen en el laudo arbitral como para acceder a las declaraciones y condenas porque:*”

1. *EL CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA Y ENELAR, CUYO OBJETO SE CITA DE MANERA MÚLTIPLE EN LA DEMANDA, ES UN CONVENIO O CONTRATO QUE LLEVA EN GRADO SUMO AL DESVARÍO.*

2. *ES UN CONTRATO O CONVENIO EN EL QUE EL CONCESIONARIO SE MUEVE AL LIBRE ALBEDRÍO, DESCONOCE Y ASÍ SE INDICA EN LO QUE SE LOGRA INTERVENIR Y DE MANERA UN POCO TÉCNICA LA FUERZA O MEJOR LA NECESIDAD DE QUE SE ENSEÑE LA INTERVENTORÍA.*
3. *ES UN CONTRATO AL QUE ADEMÁS DEL PREGÓN O TREN DE IRREGULARIDADES, AL CONCESIONARIO SE LE ENTREGA Y COMO CONTRAPRESTACIÓN EL COBRO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO, ESTE FUE CONDESCENDIENTE, BLANDO Y SUMISO CON LA MORA EN QUE CUENTA INCURREN LAS FACTORÍAS OBLIGADAS AL PAGO DEL IMPUESTO.*
4. *SOBRE LA BASE DE LO INCONVENIDO, LO IRREGULAR, DEL DESORDEN QUE ES LA FUENTE, DÍGASE PUES EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LOS OTROS SI QUE SE LE SUMAN A ESE PLURAL INDESIGNIO, NO DABLE DEMANDAR O RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO DE UN DESEQUILIBRIO CUANDO SE ES PARTE Y DE ALGUNA MANERA COPARTICIPE.*

4. El Tribunal de Arbitramento profirió el **laudo arbitral** en el cual acogió parcialmente las pretensiones de la convocante -las consideraciones de esta decisión, se analizarán al resolver los cargos en su contra- y dispuso (f. 1, c. ppl.):

**Primero.** *Declarar no probada la totalidad de las excepciones propuestas por la convocada.*

**Segundo.** *Denegar las pretensiones primera numeral 1.1 y la principal contenida en el literal d del numeral 1.2.; la tercera numeral 3.4; la cuarta numerales 4.1, 4.2 y 4.3; la quinta numerales 5.1, 5.2, 5.3 y 5.4; la sexta numerales 6.1, 6.2 y 6.3, así como la pretensión séptima numeral 7.3.*

**Tercero.** *Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, celebrado con la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P. ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, “para la operación y mantenimiento del alumbrado público del municipio, incluyendo el suministro, instalación, reemplazo, renovación y mantenimiento de las luminarias y de los accesorios eléctricos”, quebrantado como consecuencia de la no transferencia del Municipio a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión, una suma equivalente al total de la facturación recaudada directamente o por convenio con terceros, de los usuarios cuyo tributo no recauda EPSA, desde el mes de enero de 2006, fecha en que entró a regir el Acuerdo del Concejo Municipal No. 036 de 2005.*

**Cuarto.** Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9 (sic), condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de Trescientos Ocho Millones Doscientos Cuatro Mil Trescientos Sesenta y Cuatro Pesos M/cte (\$308.204.364) valor que comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.

**Quinto.** Disponer que en lo sucesivo, y para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97, el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA transfiera a la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el laudo y hasta la fecha en que termine el contrato, mes a mes, el valor total de lo que efectivamente recaude de los usuarios del servicio de alumbrado público no regulados.

**Sexto.** Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe reestablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 celebrado con la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, quebrantado como consecuencia de la omisión en que incurrió el referido Municipio para hacer cumplir la norma contenida en el Artículo Segundo del Acuerdo No. 081 de 2003 proferido por el Concejo Municipal, a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P., desde junio de 2003 hasta diciembre de 2005.

**Séptimo.** Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9 (sic), condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de mil doscientos un millones doscientos ochenta y seis mil trescientos pesos (\$1.201.286.300,00), valor que comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.

**Octavo.** Declarar que el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-97 celebrado con la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P. el día 15 de noviembre de 1997, quebrantado como consecuencia de la aprobación y vigencia del acuerdo del Concejo del mismo municipio, número 036 de diciembre 31 de 2005.

**Noveno.** Como consecuencia de la anterior declaración y para efectos de restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión número 01-9 (sic), condenar al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA a pagar a la empresa ENERGÍA Y ALUMBRADO S.A. E.S.P ENELAR S.A. E.S.P., la suma de mil novecientos un millones ochocientos ochenta y cuatro mil novecientos ochenta y cuatro pesos (\$ 1.901.884.984,00) valor que

*comprende el capital reclamado junto con su respectiva actualización calculada hasta la fecha de esta providencia.*

**Décimo.** *Disponer que a lo decidido en esta providencia se debe dar cumplimiento por parte del Municipio de Guadalajara de Buga en la fecha de su ejecutoria (...)¹.*

5. El 30 de junio de 2009, el municipio de Buga presentó solicitud de aclaración y complementación del laudo, respecto de varios puntos (f. 90, c. ppl.):

5.1. En relación con la facturación a las empresas no facturadas por EPSA, pidió que se aclarara lo dispuesto en el numeral 5º de la parte resolutive, señalando *“(...) bajo que condición o situación debe el municipio continuar realizando una tarea que correspondería a la comercializadora de energía que presta el servicio de energía eléctrica a los usuarios no regulados y la base legal para que así se obligue al municipio”.*

5.2. Pide que se explique por qué el tribunal acogió el dictamen pericial que calculó la reducción sustancial de los ingresos y la utilidad de la convocante, cuando el municipio de Buga en los alegatos insistió en que aquella no había acreditado con documentos contables los costos del servicio de alumbrado público que se le había cedido y por lo tanto, no había probado el desequilibrio económico y financiero.

---

<sup>1</sup> El laudo fue proferido con el salvamento parcial de voto –compartió las decisiones denegatorias de algunas de las pretensiones- de uno de los integrantes del tribunal de arbitramento, quien consideró, básicamente, que no obraban pruebas suficientes en relación con el supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato aducido por la sociedad convocante y de los perjuicios reclamados, pues sólo existe un dictamen pericial que no acredita estas circunstancias, ya que se limita a efectuar unos cálculos sobre lo que habría producido la aplicación de las tarifas contenidas en un acuerdo municipal, frente a lo que habría producido la aplicación de las establecidas en otro acuerdo municipal, pero sin relacionar concretamente los estados financieros de la convocante, en los que constare la real afectación económica por el cambio de régimen o por la aplicación o inaplicación de uno u otro acto administrativo. *“ENELAR debió haber ofrecido y abierto sus libros y papeles de contabilidad en este proceso, lo cual no hizo, sin que ello hubiese llamado la atención del laudo, pues se tuvieron por probados el desequilibrio económico y sus cuantías, sin que al proceso se hubiese arrojado un solo soporte C de Co, y el 271 del C de P.C, y el decreto 1798 de 1990. En otras palabras, sin haber mostrado un solo papel de su contabilidad, el laudo del que me separo parcialmente, tuvo por acreditada la cuantía de unas condenas, que jamás se probaron”* (f. 67, c. ppl.).

5.3. Sobre la caducidad de la acción, “(...) *se ruega se complemente frente al pedido que a las otras pretensiones en el escrito de alegatos se ruega por mi persona lo declarara de oficio el tribunal*”.

5.4. Pidió que se complementara el fallo, pues no se indica nada en él respecto a i) la solicitud de la convocada de que el tribunal, de oficio, citara a declarar al representante legal de ENELAR S.A. E.S.P., ii) tampoco sobre la solicitud del alegato de conclusión de la convocada, en el sentido de analizar el objeto del contrato, pues ello podría afectar su legalidad y de contera la de la cláusula compromisoria y iii) no se pronunció el laudo sobre la no vinculación al proceso, de unos terceros que podían resultar afectados con la decisión, como fueron alcaldes y concejales del municipio de Buga.

6. La anterior solicitud, fue despachada desfavorablemente por el tribunal de arbitramento mediante auto 26 del 16 de julio de 2009, por considerar que en realidad se trata de discrepancias o inconformidad de la convocada con lo decidido en el laudo, que no pueden dar lugar a modificarlo. Que no procede su aclaración, porque lo resuelto por el tribunal no ofrece duda alguna ni se omitió hacer algún pronunciamiento, que amerite su complementación (f. 79, c. 2).

7. El 2 de julio de 2009, la parte convocada presentó **recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral**, con fundamento en las causales 1, 4, 6, 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral, proveniente de objeto o causa ilícita; 4. cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos; 6. haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; 8. haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y 9. no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al

arbitramento<sup>2</sup>, las cuales sustentó mediante escrito presentado ante esta Corporación (f. 109, 284 y 298 a 420, c. ppl.)

8. A través de memorial presentado el 11 de noviembre de 2009, el recurrente pidió la suspensión de los efectos del laudo arbitral objeto del recurso de anulación, solicitud que fue rechazada por extemporánea mediante auto del 27 de octubre de 2010, contra el cual fue interpuesto por aquel el recurso de reposición y en subsidio de apelación. El 11 de febrero de 2013, este Despacho resolvió no reponer el auto del 27 de octubre de 2010, rechazar el recurso de apelación interpuesto en su contra e imprimirle parcialmente el trámite del recurso ordinario de súplica, el cual fue resuelto por providencia del 29 de agosto de 2014<sup>3</sup>, en la que se confirmó la decisión impugnada (f. 478, 481, 486, 513 y 553, c. ppl.)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En relación con esta causal, se observa que si bien se alegó en el escrito de interposición del recurso, en la sustentación del mismo no se dijo nada sobre la misma.

<sup>3</sup> En el auto del 11 de febrero de 2013, se ordenó el sorteo de conjueces para la resolución del recurso ordinario de súplica, en consideración a que el despacho al que le correspondería conocer del recurso ordinario de súplica sería el de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo por ser el que seguía en turno, pero fue quien que dictó la providencia objeto del recurso y en la subsección no había otro consejero que lo resolviera, por el reciente retiro de uno de sus miembros, la doctora Ruth Stella Correa Palacio. Efectuado el sorteo por el presidente de la Sección Tercera el 15 de marzo de 2013, le correspondió al doctor Gustavo Quintero Navas (f. 521, c. ppl.), quien mediante auto del 31 de julio del mismo año ordenó correr traslado a ENELAR S.A. E.S.P. del auto del 11 de febrero de 2013 (f. 530, c. ppl.). Mediante providencia del 28 de febrero de 2014, el Consejero Ramiro Pazos Guerrero verificó que se encontraba registrado el proyecto de decisión del recurso ordinario de súplica, pero que el doctor Gustavo Quintero Navas había informado su renuncia a la calidad de conjuer de la Corporación, razón por la cual dispuso oficiar a la presidencia de la Sección para que informara si tal renuncia había sido aceptada o no (f. 535, c. ppl.). Según informe secretarial del 7 de abril de 2014, el doctor Quintero Navas presentó renuncia desde el 7 de octubre de 2013 y que según las respectivas actas, el 13 de febrero de 2014, cuando se conformó la nueva lista de conjueces, no fue ratificado como tal, es decir que su renuncia fue tácitamente aceptada (f. 537, c. ppl.). Mediante auto del 9 de mayo de 2014, el Consejero Pazos Guerrero dispuso nuevamente el envío del proceso a la presidencia de la Sección, para el sorteo de conjueces (f. 543, c. ppl.), la cual dispuso, el 8 de julio de 2014, que, toda vez que ya se había proveído el cargo en la subsección con el doctor Pazos, se podía integrar la sala respectiva para resolver el recurso de súplica y se abstuvo de efectuar el sorteo de conjuer (f. 545, c. ppl.). Por auto del 2 de septiembre de 2014, el magistrado Ramiro Pazos Guerrero convocó a las partes para llevar a cabo el sorteo de conjueces, toda vez que la Sala llamada a resolver está integrada por la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, que fue quien profirió la providencia impugnada; el doctor Danilo Rojas Betancourth, que es el nuevo magistrado sustanciador del proceso y el mismo doctor Pazos, por lo que éste no podría conformar sala dual con aquellos en la forma sugerida por la presidente de la Sección (f. 548, c. ppl.). La audiencia se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2014 y fueron designados como conjueces los doctores Anal Lucía Uribe y Jaime Alberto Duque Casas (f. 551, c. ppl.).

<sup>44</sup> En el mismo auto del 11 de febrero de 2013, se declaró infundado el impedimento que presentó el doctor Francisco Manuel Salazar Gómez, Procurador Quinto Delegado ante

9. La parte convocante, ENELAR S.A. E.S.P., presentó alegatos en los cuales solicitó que se declare infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el municipio de Buga en contra del laudo arbitral proferido el 24 de junio de 2009 (f. 427, c. ppl.).

## **CONSIDERACIONES**

### **I. Competencia**

10. La Sala es competente para conocer y decidir el presente asunto, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y que le atribuyó expresamente a la Sección Tercera del Consejo de Estado la competencia para conocer del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en torno a los contratos estatales, como quiera que el contrato de concesión 01-97 de 1997 celebrado con la sociedad Energía y Alumbrado S.A. E.S.P. –ENELAR S.A. E.S.P.–, respecto del cual se profirió el laudo arbitral impugnado, fue suscrito por el municipio de Buga como contratante.

11. Por otra parte, se observa que el laudo arbitral impugnado es del 24 de junio de 2009 y el recurso de anulación fue interpuesto en su contra el 2 de julio del mismo año, es decir con anterioridad a la expedición de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, la cual entró a regir 3 meses después de su promulgación –art. 119–, lo que significa que el recurso extraordinario se rige por las normas vigentes al momento de la presentación de la demanda arbitral, es decir por el Decreto

---

esta Corporación, cuando se le corrió traslado para presentar su concepto (f. 492, vto. y 493, c. ppl.), decisión que no fue impugnada.

compilatorio 1818 de 1998, tal y como lo estableció la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>5</sup>.

## **II. El problema jurídico**

12. La Sala debe establecer si el laudo arbitral impugnado está incurso en las causales de anulación alegadas por el recurrente, para lo cual analizará i) si el pacto arbitral está viciado de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, ii) si se dejaron de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se dejaron de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas y de haber sido así, si tales omisiones tienen incidencia en la decisión y el interesado las reclamó en la forma y tiempo debidos, iii) si el fallo fue en conciencia o en derecho y iv) si el fallo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, en la forma expuesta por el recurrente.

## **III. Análisis de la Sala**

13. Antes de emprender el análisis de cada una de las causales aducidas en el recurso de anulación interpuesto por el municipio de Buga, en contra del laudo arbitral proferido el 24 de junio de 2009 para dirimir las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de concesión 01-97 de 1997, procede la Sala a reiterar las generalidades en torno a la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que es el arbitramento, la decisión que surge del mismo -laudo arbitral-, así como del recurso extraordinario que procede en

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 6 de junio de 2013, expediente 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el cual se dijo que “(...) los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012”.

su contra ante esta jurisdicción contencioso administrativa:

16. Al respecto, se observa que el recurso que procede en contra de los laudos arbitrales, es el extraordinario de anulación, que por esta misma naturaleza –no es un recurso ordinario- no constituye una nueva instancia en la que le sea dado al juez del recurso entrar a analizar las cuestiones de fondo para determinar la corrección o no de la decisión de los árbitros, es decir para resolver errores in iudicando, sino que está encaminado a corregir errores in procedendo, es decir defectos de forma que se presenten en la tramitación, puesto que su finalidad es la protección del debido proceso<sup>6</sup>.

17. Debe recordarse además, que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al que pueden acudir las partes interesadas mediante la suscripción de un pacto arbitral<sup>7</sup>, en cuanto el artículo 116 de la Constitución Política autoriza investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, lo cual implica la sustracción del litigio del conocimiento de su juez natural para atribuirle su decisión a unos particulares, designados por las mismas partes o un tercero que ellas designen para tal fin.

---

<sup>6</sup> Es esta la regla general, puesto que algunas de las causales de anulación contempladas en la ley le permiten al juez del recurso conocer de asuntos de fondo, como cuando el tribunal de arbitramento dejó de decidir asuntos sobre los que debió pronunciarse. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: "(...) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (...)". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>7</sup> [5] "El artículo 115 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, lo define así: "Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // "Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces." La misma Ley 446, define estas dos modalidades del pacto arbitral en los siguientes términos: "Artículo 116.- El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: // "Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral (...). // Artículo 117.- Compromiso. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: // "Artículo 3º. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. // El documento en donde conste el compromiso deberá contener: // a) El nombre y domicilio de las partes; // b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; // c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél."

18. *Por tratarse de una atribución excepcional de la función de administrar justicia que se hace a favor de particulares, el tribunal de arbitramento que surge carece de vocación de permanencia y es conformado con un carácter temporal, limitado exclusivamente al término necesario para proferir la decisión, esto es, el laudo arbitral a través del cual se decidirá la controversia planteada, por lo cual una vez expedido, dicho tribunal pierde su razón de ser y por lo tanto desaparece. Como lo afirma la doctrina:*

*El árbitro está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto.*

*(...) La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo (...)<sup>8</sup>*

19. *De otra parte, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformado por el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, las entidades estatales no pueden pactar tribunales de arbitramento institucionales ni independientes, sólo legales (...)<sup>9</sup>.*

## **Las causales de anulación**

**Primera causal: numeral 1º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989:  
Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.**

---

<sup>8</sup> [6] “Fernández Rozas, José Carlos, “Elementos configuradores de la justicia arbitral”, en *Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, 2009, p. 152 a 154*”.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

14. En relación con esta causal, resulta necesario recordar que el pacto arbitral es un acuerdo de voluntades por medio del cual las partes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, se obligan a someter la solución de controversias que versen sobre asuntos de carácter transigible, presentes o futuras, a la decisión de un tribunal de arbitramento, sustrayéndolas, en consecuencia, del conocimiento de su juez natural.

15. El pacto arbitral puede, por lo tanto, estar contenido en una cláusula compromisoria, acordada en un contrato estatal o en documento anexo, en la que se prevea el sometimiento de los litigios que lleguen a presentarse entre las partes y con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato a un tribunal de arbitramento –las partes podrán establecer la inclusión o exclusión de los asuntos concretos que se someterán a la decisión arbitral, es decir la materia que será objeto de esta clase de juzgamiento-; o puede, también, surgir mediante la suscripción de un compromiso, una vez se susciten las diferencias entre las partes que constituyen el motivo de controversia, para que la misma sea sometida a la decisión de los árbitros, pudiendo aquellas, en ambos casos, regular también la clase de arbitramento<sup>10</sup>, el tipo de arbitraje<sup>11</sup>, el término de duración del proceso arbitral<sup>12</sup> y el lugar donde funcionará el tribunal de arbitramento<sup>13</sup>.

16. Como acto jurídico bilateral, el pacto arbitral y más específicamente la cláusula compromisoria, en su nacimiento debe reunir los elementos y requisitos exigidos por la ley para que surja válidamente: i) la identificación de las partes contratantes, ii) la determinación del contrato cuyas controversias presentes o futuras se someterán al arbitramento y iii) la

---

<sup>10</sup> En derecho, en equidad o técnico, según lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, aunque si se trata de controversias que versen sobre contratos estatales regidos por el estatuto de contratación estatal, el arbitramento siempre será en derecho. Artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

<sup>11</sup> Independiente, institucional o legal, según lo dispone el artículo 90 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 112 de la ley 446 de 1998.

<sup>12</sup> Ante la ausencia de regulación por la partes, la ley dispone un plazo de 6 meses contados a partir de la primera audiencia de trámite. Art. 19, Decreto 2279 de 1989.

<sup>13</sup> Artículo 11 del Decreto ley 2279 de 1989.

manifestación expresa de la intención de los contratantes de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato en cuestión, a la decisión de un tribunal de arbitramento. Y a pesar de estar inserta en el clausulado del contrato sobre el cual versa, conserva su individualidad e independencia, de tal manera que aún en el caso de ser inválido el negocio jurídico en cuestión, ello no obsta para que la cláusula compromisoria surta sus efectos, se pueda constituir válidamente el tribunal de arbitramento y pueda éste, también de forma válida, pronunciarse inclusive sobre la existencia y validez del contrato mismo. Así lo establece el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998<sup>14</sup>.

17. En relación con la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, como causal de nulidad del laudo, se observa que la misma se refiere específicamente a la validez o legalidad del contenido de ese acuerdo de voluntades, el cual en principio consiste en sustraer el asunto sobre el cual versa, del conocimiento de la jurisdicción natural para deferirlo a la justicia arbitral; este es el objeto y es sobre la forma de consagrarlo, la mayor o menor extensión de los asuntos cuyo conocimiento se atribuye a la decisión del tribunal de arbitramento, lo que puede viciar de nulidad la cláusula compromisoria o el compromiso. En estas circunstancias, *“(...) habría objeto ilícito únicamente cuando haya norma expresa que prohíba deferir la solución del conflicto a la justicia arbitral (artículo 1523 del Código Civil) (...) si hay limitación legal y el pacto arbitral contempló expresamente el asunto como arbitrable, el convenio arbitral está afectado de nulidad absoluta (...)”*<sup>15</sup>. Sobre esta causal de anulación, ha dicho la jurisprudencia:

---

<sup>14</sup> **“Art. 116.- Cláusula Compromisoria.** El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: ‘Art. 2A.- (...) PAR.- La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”’.

<sup>15</sup> , Gil Echeverry, Jorge Hernán, *“Régimen Arbitral Colombiano”*, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 742.

A propósito de la posibilidad de obtener la anulación del laudo con fundamento en la nulidad del pacto arbitral, esta Sala ha expresado que las causales de nulidad se refieren al pacto arbitral; en efecto, así se ha pronunciado:

*“[L]a nulidad del pacto arbitral deberá ser alegada de manera expresa por el recurrente con referencia a la causal autónoma que así la consagra en el numeral 1º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, norma cuya redacción quedó incorporada en el numeral 1º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.*

*“Así las cosas, la invocación de dicha causal deberá hacerse con sujeción a los requisitos de procedibilidad establecidos por la norma en cita y sobre los cuales cabe reiterar que:*

*‘Esta causal prescribe un trato diferencial respecto de las causales de nulidad del pacto arbitral provenientes de objeto y causa ilícita, en contraste con los demás motivos invalidantes de dicho pacto. Tal distinción se concreta en **que la posibilidad de alegar otros motivos o causas de nulidad absoluta en relación con el pacto arbitral, se encuentra condicionada a dos circunstancias: i) que hayan sido alegados en el proceso arbitral y ii) que no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo; exigencia que no cubre los eventos en los cuales la nulidad del pacto provenga de la ilicitud del objeto o de la causa.***<sup>16</sup> (Se resalta).’

*“De igual forma, los supuestos en los cuales el recurrente funde esta causal deberán guardar correspondencia con el contenido y alcance de la misma, aspectos sobre los cuales la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:<sup>17</sup>*

*‘... no solo el objeto y la causa ilícita afectan la validez del pacto arbitral, sino cualquiera otra causal de nulidad que afecte tal contrato y que, por lo tanto, **cuando la causal primera del precitado artículo 163 se refiere a otros motivos de nulidad, en éstos deben entenderse incluidos todos los vicios que de manera absoluta afectan la validez del pacto arbitral o de la cláusula compromisoria, según sea el caso.***

*‘Por manera que la causal primera de anulación no da lugar a ser interpretada, como lo pretende el recurrente, en el sentido de que cuando allí se alude a ‘los demás motivos de nulidad absoluta o relativa’, éstos deben predicarse, en general, del trámite arbitral al punto de poder esgrimir como tales la falta de jurisdicción y de*

---

<sup>16</sup> [129] “Original de la sentencia en cita: Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente 33.644. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.”.

<sup>17</sup> [130] “Original de la sentencia en cita: Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente 33.644. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.”

*competencia del juez arbitral, toda vez que, se reitera, cuando la norma se refiere a otros motivos de nulidad, éstos se encuentran circunscritos al pacto arbitral. (Se resalta).<sup>18</sup>*

*Asimismo, en reciente pronunciamiento de la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación se precisó que los presupuestos en los cuales se funda esta causal son de carácter sustantivo y “por ende mal puede entenderse que en alguna parte del precepto se está permitiendo atacar el laudo por las nulidades procesales que enlista el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.”<sup>19</sup> (Las negrillas son del texto original)<sup>20</sup>*

18. En el presente caso, la cláusula décima sexta del contrato de concesión 01-97 celebrado por las partes el 15 de noviembre de 1997, estipula:

**CLÁUSULA COMPROMISORIA:** A) *Toda controversia o diferencia entre las partes que se presenten por razón de la interpretación, ejecución y liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si no se lograre un acuerdo entre las partes, su nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de Cali, a petición de cualquiera de ellas. Los árbitros decidirán en derecho y deberán ser abogados colombianos en ejercicio. El arbitramento podrá solicitarse por cualquiera de las partes, dando aviso oportuno a la otra parte. B) Cualquier controversia que surja entre las partes en relación con un asunto técnico y que no pueda ser resuelto entre las mismas, será dirimido mediante arbitramento técnico por un árbitro idóneo, de acuerdo con la materia, que deberá ser designado de común acuerdo entre las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali. C) El tribunal así constituido se regirá en todo por las disposiciones sobre la materia establecidas en el decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen, adicionen o reformen. La sede del Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Cali y el procedimiento arbitral será administrado por el centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de dicha ciudad.*

19. El recurrente sustenta la alegada causal de nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, en dos cargos:

---

<sup>18</sup> [131] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 29 de 2009, Expediente 35.485. C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

<sup>19</sup> [132] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Expediente 41.471”.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2012, expediente 39332, C.P. Hernán Andrade Rincón.

*“PRIMER CARGO.*

*1. Nulidad absoluta por falta de competencia del tribunal de arbitramento frente al pedido de condenas a hechos contenidos en el Acuerdo Municipal 036 de 2005”*

*(...)*

*2. Nulidad absoluta por falta de competencia del tribunal de arbitramento frente a la omisión de aplicación del artículo 2º del Acuerdo Municipal 081 de 2002.*

*(...)*

*SEGUNDO CARGO.*

*Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita (...).”*

20. Como fundamento del primer cargo, el recurrente refiere:

21. Que el tribunal de arbitramento carecía de competencia para abocar, instruir y decidir la pretensión de la convocante fundada en el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión celebrado por las partes y las correspondientes “(...) *solicitudes de condena que trataban sobre **hechos** que tienen como fuente u origen **Acuerdos Municipales** que expide el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga, y que son distinguidos en su orden el **No. 036 del 30 de diciembre de 2005 y 081 de mayo 28 de 2002** y de contera pues, converge en falta de **jurisdicción al Tribunal de Arbitramento**”.*

22. En cuanto al Acuerdo 036 de 2005, el recurrente funda este cargo en el hecho de que la convocante ha debido demandar ante la jurisdicción

contencioso administrativa y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Acuerdo 036 de 2005, que fijó las nuevas tarifas del impuesto de alumbrado público, ya que fue este acto administrativo el que supuestamente le produjo el desequilibrio económico, es decir el daño antijurídico y los perjuicios cuya indemnización solicitó. Y que por lo tanto, el tribunal de arbitramento no tenía competencia para pronunciarse sobre esta reclamación, porque *“(...) a los particulares seleccionados por las partes se les veda el conocimiento para decidir sobre la legalidad del acto que podría afectar la remuneración y causar el supuesto daño antijurídico”*. Manifestó que no era posible que en la decisión se dijera que se causó un daño antijurídico con ese acto administrativo, *(...) dejando válido y legal el acto general –Acuerdo Municipal- sobre el que se funda el mentado desequilibrio”*, porque no se puede pensar que un acto general que fue considerado legal por la autoridad competente, a la vez resulte ilegal para el tribunal de arbitramento, porque a su juicio se causa un perjuicio, como sucedió en el presente caso, en el que se reconoce en el laudo arbitral que fue la aplicación del Acuerdo Municipal 036 de 2005 el causante del rompimiento del equilibrio económico del contrato. En consecuencia, el recurrente consideró que se debían anular los numerales octavo, noveno y décimo de la decisión cuestionada.

23. Al respecto, observa la Sala que los hechos que propone el recurrente como sustento de la causal, en realidad no coinciden con la misma, toda vez que el vicio en el cual ésta consiste, radica en la existencia de objeto o causa ilícita en el pacto arbitral y al analizar la cláusula compromisoria con fundamento en la cual le fue deferida la competencia a los árbitros para decidir la controversia, no contiene disposiciones en las que se les hubiera atribuido el conocimiento de asuntos respecto de los cuales el mismo les estuviera legalmente vedado. Como ya se vio, en el acuerdo de voluntades, el municipio de Buga y ENELAR S.A. E.S.P., pactaron deferir a la decisión de los árbitros, *“toda controversia o diferencia entre las partes que se presenten por razón de la interpretación, ejecución y liquidación de este*

*contrato*”, sin que en parte alguna se hubieran incluido asuntos que no fueran transigibles o que se hallen legalmente excluidos de la competencia de la justicia arbitral.

24. El recurrente adujo que los árbitros no tenían competencia para pronunciarse sobre la validez de los acuerdos municipales aducidos por la convocante como fuente del rompimiento del equilibrio económico del contrato, pero lo cierto es que en la cláusula compromisoria contenida en el mismo no se les atribuye tal competencia ni se enuncia dentro de lo que sería materia del arbitramento el análisis de la legalidad de acto administrativo alguno, por lo que no resulta procedente alegar que el pacto arbitral está viciado por objeto o causa ilícita, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar.

25. En relación con la *“Nulidad absoluta por falta de competencia del tribunal de arbitramento frente a la omisión de aplicación del artículo 2º del Acuerdo Municipal 081 de 2002”*, en el recurso se afirmó que la convocante le imputó al municipio de Buga la responsabilidad por la no aplicación de dicho acto administrativo -el cual contiene la fórmula de actualización tarifaria para el suministro de alumbrado público en el municipio-, alegando que era obligación de la entidad contratante hacerla cumplir; pero que, en realidad -sostiene el recurrente-, la responsabilidad de aplicar la mencionada tarifa era de EPSA S.A. E.S.P., empresa prestadora del servicio de energía eléctrica para el alumbrado público y que quien estaba llamado a demandar y reclamar su cumplimiento en el pago de la misma, era precisamente la sociedad convocante, ENELAR S.A. E.S.P., pues en el contrato de concesión que celebró el municipio de Buga con ésta, se suscribió el otrosí n.º 1, por medio del cual las partes acordaron que el concesionario se haría cargo del manejo del contrato de suministro de energía eléctrica para el sistema de alumbrado público que la entidad territorial tenía celebrado con EPSA S.A. E.S.P., por lo cual fue ENELAR S.A. E.S.P., quien no hizo valer ante la empresa de energía, encargada así mismo de la facturación del servicio, esa obligación de aplicar a los

suscriptores del servicio la actualización de la tarifa establecida en el referido acuerdo municipal. Sostuvo el impugnante, que ENELAR, debió incoar la acción de cumplimiento en contra de EPSA, para obtener la aplicación del Acuerdo 081 de 2002. Y que al no ser una controversia surgida entre la convocante y el municipio de Buga, proveniente del contrato de concesión y de su cláusula compromisoria, los árbitros no tenían competencia para pronunciarse sobre este punto y para condenar al municipio, pues dicha cláusula defirió a su conocimiento únicamente las controversias surgidas entre las partes del contrato con ocasión de la interpretación, ejecución y liquidación del mismo y no las que se suscitaban entre el concesionario y terceros. En consecuencia, se deben anular los numerales sexto, séptimo, décimo y undécimo.

26. Como se puede advertir de la lectura de la sustentación, se deduce sin dificultad que los argumentos expuestos por el recurrente no tienen nada que ver con la legalidad o ilegalidad del objeto y la causa del pacto arbitral, pues no se refiere a los asuntos que en el mismo fueron excluidos del conocimiento del juez natural para someterlos a la decisión de árbitros, sino que los cuestionamientos que efectúa, giran en torno al ámbito de la competencia que ejercieron los árbitros, al considerar que las condenas impuestas en el laudo al municipio de Buga por este concepto, fueron deducidas en su contra a partir del supuesto incumplimiento de obligaciones que no le eran exigibles, por cuanto no pertenecían al contrato cuyas controversias fueron sometidas al tribunal de arbitramento y que por lo tanto, la decisión se produjo por fuera del marco de las materias sobre las que debían resolver.

27. Resulta claro entonces, que esta fundamentación no corresponde a la causal en estudio, puesto que la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre determinados asuntos, no deviene necesariamente del objeto del pacto arbitral, el cual puede ser perfectamente válido y a pesar de ello, carecer los árbitros de competencia para resolver sobre alguno de los asuntos planteados en la demanda arbitral, por tratarse, por ejemplo, de

materias no disponibles por las partes ni susceptibles, por lo tanto, de transacción, o porque la ley en ese caso no permita el arbitraje, o porque se trata de asuntos excluidos expresamente por la misma cláusula compromisoria, circunstancia que bien pueden definir ellos mismos, en la oportunidad para hacerlo –primera audiencia de trámite<sup>21</sup>–.

28. La argumentación de este cargo, en la forma en que el mismo es planteado, resulta más apropiada de aquellas causales encaminadas a garantizar el principio de congruencia de los fallos, en especial aquellas en las que sí se cuestiona la actuación de los árbitros cuando en el laudo se pronuncian sobre asuntos que no estaban sometidos a su decisión –fallos *extra petita*-<sup>22</sup>, lo que equivale a decir que carecían de competencia para resolverlos, teniendo en cuenta que *“[e]n este mecanismo alternativo de solución de conflictos, los árbitros actúan por autorización de la ley y en virtud de habilitación de las partes en conflicto, y cuenta además, con ciertos límites materiales y temporales, en la medida en que sólo pueden ser sometidos a la solución de árbitros aquellos litigios en los que se ventilen asuntos que sean materia transigible, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”*<sup>23</sup>.

29. Esto significa que la competencia o marco de acción dentro del cual pueden decidir los árbitros, está dispuesto en primer lugar, por las disposiciones constitucionales o legales que establezcan límites a las materias que pueden ser sometidas a la justicia arbitral; en segundo lugar, por los asuntos que de manera expresa acuerdan las partes someter a la decisión de un tribunal de arbitramento, bien sea en la cláusula compromisoria o en el compromiso que suscriban y en tercer lugar, por las

---

<sup>21</sup> Artículo 124 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998.

<sup>22</sup> Causal 8ª: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2008, expediente 34072, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

pretensiones y excepciones que en concreto aduzcan las partes en la demanda y su contestación, respectivamente, sin olvidar que al lado de los asuntos que las partes expresamente defieren a la decisión de los árbitros, existen otras cuestiones respecto de las cuales éstos deben pronunciarse aún de oficio, por disposición de la ley:

*(...) el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, **existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal*** (Las negrillas son del texto original)<sup>24</sup>.

30. Sólo en la medida en que se incluyan en el pacto arbitral asuntos que legalmente se hallen excluidos del conocimiento de la justicia arbitral, puede afirmarse que dicho pacto se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito y como ese no es el caso planteado en este cargo, el mismo no está llamado a prosperar.

31. En cuanto al segundo cargo de *nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita*, el recurrente adujo que el contrato origen de la controversia arbitral, está viciado de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, lo cual debió ser declarado por el tribunal de arbitramento. Esa nulidad, afecta al laudo recurrido en cuanto a las condenas que se profirieron en contra del municipio de Buga y en consecuencia, solicita que así se acepte y se corrija el laudo en este aspecto. El impugnante considera que el contrato de concesión está viciado, porque en su objeto no se incluyó, cuando debió incluirse, la obligación de expansión del servicio de alumbrado público, como lo indican las normas que lo regulan y que se

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

refieren al contrato de suministro, mantenimiento y *expansión* del servicio de alumbrado público, entre ellas la Resolución 043 de 1995 de la CREG, y la Resolución 81132 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía, y tal y como lo establecía el acto de autorización para contratar expedido por el concejo municipal y el pliego de condiciones de la licitación que precedió al procedimiento de contratación directa en el que se le adjudicó el contrato a ENELAR S.A. E.S.P., que por lo tanto, tenía conocimiento de que esa era una de las finalidades del negocio jurídico a celebrar. No obstante, agregó que se entiende incluida esa obligación en el contrato, pero “(...) *ENELAR S.A. E.S.P. extrañamente elude prestar la expansión del servicio de alumbrado público y eso hace ilegal el objeto*”.

32. Por otra parte, alegó que el objeto del contrato también estaba viciado de causa ilícita, porque si la razón del municipio para celebrar el contrato de concesión fue su propia insuficiencia para brindar la prestación del servicio de alumbrado público, el hecho de excluir del objeto la expansión del mismo, atenta contra su causa y lo torna ilegal. Se refirió el recurrente, al hecho de que no se conoció cuáles fueron los costos en los que incurrió el concesionario por la prestación del servicio a su cargo, pero se pudo establecer, por visita de la Contraloría General de la República que sus ingresos, en 6 años de ejecución del contrato, se habían casi cuadruplicado respecto de la inversión inicial para la modernización y que las tarifas eran muy altas, por lo que en el informe de la Asociación Colombiana de Ingenieros Eléctricos Mecánicos y Afines –ACIEM-, que fue contratada por el municipio, se recomendó la modificación del sistema tarifario. Y concluyó que el laudo arbitral permite que esta circunstancia se siga dando, al reconocer el desequilibrio económico del contrato en vez de declarar su nulidad absoluta.

33. En relación con este cargo, observa la Sala que la nulidad absoluta a la cual se refiere la causal invocada, se predica del pacto arbitral mismo como acuerdo de voluntades autónomo e independiente del contrato al cual pertenece o al cual alude, es decir que es cuando aquel se encuentra

viciado por objeto o causa ilícitos, que se configura la referida causal; en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato que contiene la cláusula compromisoria, no es causal de anulación del laudo arbitral, como lo sostiene el recurrente; pues al contrario, como ya se explicó<sup>25</sup>, el pacto arbitral es un acuerdo de voluntades fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que conserva su independencia en relación con el contrato sobre el cual recae, así esté contenido en una de sus cláusulas, a tal punto que bien puede suceder que el contrato sea nulo y sin embargo la cláusula compromisoria sigue desplegando válidamente sus efectos y a través de ella, resulta procedente la atribución de competencia a un tribunal de arbitramento, que podrá decidir inclusive sobre dicha nulidad contractual, sin que tal circunstancia vicie a su vez el respectivo laudo arbitral, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación:

*Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:*

*"(...) Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.*

*"3. La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera*

---

<sup>25</sup> Ya se vio cómo el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, dispone expresamente que la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte y por lo tanto, pueden someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales aquellos se debatan, siendo conducente la decisión del tribunal aunque el contrato sea nulo o inexistente.

*unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas. Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: "Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato."*

*"La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos.*

*"4. Importa resaltar que, tal como lo señalan los intervinientes, la posición asumida por el legislador en el párrafo acusado coincide con la regulación del tema en distintos documentos internacionales. Así, por ejemplo, el numeral 4 del artículo 8 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - en vigor desde 1975 y modificado en 1988 - precisa:*

*"Artículo 8. Efectos del convenio de arbitraje*

*"(...) 4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones."*

*Igualmente, los numerales 1 y 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en su versión de 1988, expresan:*

*"Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral*

*"Artículo 21.*

*"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.*

*"2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración de un contrato de arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria..."*

*Asimismo, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, propuesta por el grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en inglés UNCITRAL -, y aprobada en 1985 por la misma CNUDMI, consagra en el numeral 1 del artículo 16:*

*"Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia.*

*"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria..."<sup>26</sup>*

*Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado respecto de la autonomía del pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria:*

*"Por lo demás, según los dictados del párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, tal como ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>27</sup>, como por la jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>28</sup> del*

---

<sup>26</sup> [43] "Corte Constitucional, Sentencia C-248 de abril 21 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz".

<sup>27</sup> [44] "Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 20 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reitera el criterio jurisprudencial contenido en el Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz".

*Consejo de Estado, se tiene que a partir de la referida autonomía que caracteriza a la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato del cual hace parte, los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el caso en que el contrato, sobre el cual deben fallar, sea nulo o inexistente, es decir que la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes.*

*“Lo anterior sirve para significar que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente”<sup>29, 30</sup>*

34. De acuerdo con lo anterior, la alegada nulidad absoluta del contrato que plantea el recurrente, aún en caso de configurarse, no vicia la cláusula compromisoria pactada en el mismo y en consecuencia, no se configura la causal de nulidad del pacto arbitral por objeto ilícito, que dé lugar a la invalidación del laudo arbitral impugnado, razón por la cual, este cargo no está llamado a prosperar.

**Segunda causal: Numeral 4 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.**

35. Como se desprende de los términos de la causal, para que la misma proceda es necesario que se reúnan tres requisitos: i) que sin fundamento legal, se hayan dejado de decretar pruebas oportunamente pedidas o de practicar diligencias necesarias para evacuarlas; ii) que las omisiones

---

<sup>28</sup> [45] “Entre otras, el auto de 14 de agosto de 2003, Exp. 24344, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

<sup>29</sup> [46] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2012, expediente 39332, C.P. Hernán Andrade Rincón.

tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. En consecuencia, no resulta predicable esta causal de anulación de los laudos arbitrales cuando el recurrente considera que el juez se abstuvo, injustificadamente, de decretar pruebas de oficio, pues se refiere exclusivamente a las pedidas por las partes; tampoco procede, cuando las que dejó de decretar el tribunal fueron pedidas de manera extemporánea o cuando a pesar de haberlo sido oportunamente, la denegatoria está legalmente justificada; de la misma manera, el recurso no podrá prosperar cuando la prueba que se echa de menos no resulta relevante para la decisión, es decir que su presencia no habría significado una diferencia respecto a lo decidido en el laudo arbitral, como tampoco saldrá avante la impugnación de la decisión con base en esta causal, si el recurrente no reclamó por la falta de decreto de la prueba o la falta de su práctica, en las oportunidades procesalmente dispuestas para ello.

36. En el presente caso, el recurrente funda esta causal en el hecho de que el tribunal de arbitramento profirió el laudo arbitral sin haber exigido a la parte convocante que aportara la documentación contable y financiera necesaria para acreditar el valor o costo del servicio que prestaba y sobre el cual se demandó el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión celebrado por las partes, prueba que había sido pedida en la contestación de la demanda por la convocada, que solicitó que *“(...) se aportara el medio de prueba para conocer el posible daño o perjuicio económico, cuál es el documento contable y financiero nos indicare el costo del servicio del alumbrado público que se prestaba por la firma o empresa que presenta la demanda para enfrentarlo a lo que se indicaba en las tarifas que eran y son el pago por el servicio que hacen los usuarios del alumbrado público, hecho o situación que no fue posible detectar”*. Así mismo, la decisión arbitral se produjo sin haber accedido el tribunal de arbitramento a recibir la exposición del representante legal de ENELAR S.A. E.S.P., sobre el mismo punto y que, a pesar de haber sido extemporánea la solicitud de la convocada, ha debido ordenarla el tribunal de oficio, por

resultar sumamente útil para la decisión. El recurrente critica el hecho de que el tribunal de arbitramento profirió unas condenas millonarias sin contar con las pruebas necesarias, teniendo en cuenta únicamente el dictamen pericial que se practicó en el proceso, cuando *“(...) no hubo un solo documento de contabilidad que acreditara el supuesto daño predicado (...) no solicitar de oficio el documento contable a la firma Enelar S.A. E.S.P., que acreditara el valor o costo del servicio que prestaba como alumbrado público nos demuestra el cargo y su éxito para que sea eliminado de la faz jurídica el laudo en las decisiones de condena contra el municipio”*.

37. Adujo el recurrente que *“La omisión en que se incurre por el tribunal de arbitramento al no decretar de oficio las pruebas que se enuncian en el recurso de anulación, e igual oportunamente o no solicitadas por la convocada, se indica salta a la vista que son relevantes, notorias y de gran incidencia para considerarse que perfectamente llamaría a prosperar el cargo, y en su lugar por esa omisión se debe declarar la nulidad del laudo en los numerales octavo, noveno y décimo (...)”*.

38. Se observa entonces, que el recurrente echa de menos el decreto y práctica de dos pruebas: una documental, consistente en los soportes contables de la sociedad convocante y otra, la declaración de parte de su representante legal. Al respecto, tal y como lo dispone la causal en estudio, se requiere que las pruebas que se dejaron de decretar hayan sido oportunamente solicitadas por las partes. En el presente caso, se observa que en la contestación de la demanda del municipio de Buga, en el capítulo de pruebas, la entidad solicitó (f. 16, c. 3):

**(...) B. INSPECCIÓN**

*Se ruega al Honorable Tribunal se decrete como prueba, la inspección judicial a la sede o despacho que cita la firma ENELAR S.A. E.S.P. es la oficina donde acopia y lugar desde los funcionarios de la misma firma (sic) taller u almacén de depósito de los bienes con que se dice cuenta para la reposición, instalación y expansión del materia necesario (sic) para la ejecución del contrato de concesión.*

*Se exhiba y con anticipación por el actor de la demanda el balance o informe técnico y financiero que respecto a la ejecución del contrato de concesión se dice cumple con fecha al 31 de diciembre del año 2007 y desde que por supuesto se inició su ejecución y así entonces el interventor del contrato al final pueda y en lo posible presentar el balance o informe de interventoría y se cuente con igualdad de oportunidades en el presente debate (...).*

39. En escrito de reforma de la contestación de la demanda, presentado por el municipio el 24 de septiembre de 2008, adicionó las siguientes pruebas (f. 128, c. 3):

**(...) Interrogatorio de parte.**

*De cara a los hechos que se relacionan en la demanda, su respuesta y las excepciones formuladas ídem al contestar la demanda, ruego comedidamente se absuelva interrogatorio de parte por el representante legal de la empresa ENELAR S.A. E.S.P. cuyo cuestionario o interrogatorio presentaré en la audiencia respectiva de forma oral para que el llamado a responder la deponga bajo las formalidades prescritas en la ley.*

**Fundamentos.**

*Se pretende con este medio de prueba solicitado, demostrar y ya reservado para la audiencia, donde se expondrán los alegatos de conclusión, lo remiso que son los hechos y pretensiones consignados por la firma ENELAR S.A. E.S.P. frente a lo que es ante la Ley superior y la que regula la materia.*

**Reconocimiento de documentos.**

*Solicito (...) que al comparecer a rendir interrogatorio de parte, la declaración o testimonios pedidos, se citen para que se reconozcan los documentos aportados en la contestación de la demanda, y este escrito, además de lo pedido por las partes al momento de absolver aquellos el cuestionario que se habrá de formular, los siguientes documentos:*

*(...) 2.- E igual por el propio representante legal de la firma Enelar S.A. E.S.P. respecto de los documentos signados por el o quien unge (sic) como representante al momento de expedir el documento y los recibidos que se indican son signados por el Jefe del Departamento de Alumbrado Público de EPSA E.S.P.*

40. Está probado entonces, que las pruebas objeto de la reclamación en el

recurso, sí fueron pedidas por la parte convocada, aunque se observa que una de ellas lo fue de manera extemporánea y esa fue la razón para que se denegara su decreto por parte del tribunal de de arbitramento, el cual, mediante auto n.º 10 del 24 de septiembre de 2008 –primera audiencia de trámite-, se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes convocante y convocada. En relación con la *“inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de perito a la sede de la convocante”* solicitada por esta última, resolvió aplazar el decreto de la prueba y en su lugar, ordenó *“(...) a la convocada (sic) que proceda a exhibir los documentos de que trata la solicitud de prueba contenida en el literal B de la contestación de la demanda”* y manifestó que *“Por extemporánea se deniegan las pruebas solicitadas por la parte demandada al inicio de esta audiencia. No obstante el Tribunal destaca que ha decretado prueba que se arrime el proceso contencioso a que se refiere la solicitud, como también que si posteriormente lo considera pertinente, dispondría la declaración de la parte actora”*, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno (f. 21, c. 2).

41. Observa la Sala, que si bien en el anterior auto, la orden de exhibición de documentos se impartió a *“la convocada”*, en realidad se trató de un error y debe entenderse que se refería a la parte convocante, puesto que allí mismo se dice expresamente, que se trata de aquellos documentos a los que se hizo expresa alusión en la solicitud de inspección judicial contenida en el capítulo de pruebas de la contestación de la demanda del municipio de Buga –literal B-, que, como ya se vio, pretendía que la sociedad Enelar exhibiera *“(...) el balance o informe técnico y financiero que respecto a la ejecución del contrato de concesión se dice cumple con fecha al 31 de diciembre del año 2007 y desde que por supuesto se inició su ejecución”*.

42. El 12 de noviembre de 2008, se llevó a cabo audiencia del tribunal para la práctica de pruebas decretadas para esa fecha, entre las cuales se hallaba la *“exhibición de documentos por parte de Energía y Alumbrado S.A. E.S.P.”*. En la audiencia, la parte efectivamente puso a disposición del

tribunal los documentos correspondientes a su información financiera, pero el tribunal consideró que no era lo que se le había solicitado y no le ordenó entregar copia de tales documentos para ser incorporados al expediente. Según el acta, consta que la convocante manifestó que

*“(…) los informes solicitados no existen y que en poder de la empresa solo reposa un informe técnico y financiero del contrato para los años 1997 al 2004 en razón a que aquel fue exigido por parte de la Contraloría General de la República en el desarrollo de una auditoría. En lo que se refiere al año 2004 en adelante no tienen los informes por no estar obligados a realizarlos.*

*“Agregó que pone a disposición del Tribunal los libros de contabilidad los cuales pueden servir de base para extraer la información solicitada. En consecuencia procede a exhibir los siguientes:*

- *Libro Diario registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de febrero de 1998 que consta de 500 folios útiles de los cuales se encuentran diligenciados los primeros 455 folios.*
- *Libro Inventarios y Balances registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de febrero de 1998 que consta de 200 folios útiles totalmente diligenciados y renovación de suscripción del 25 de septiembre de 2008 constante de 200 hojas útiles.*
- *Libro Mayor registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de febrero de 1998 que consta de 300 folios útiles de los cuales se encuentran diligenciados los primeros 279 folios.*

43. A continuación, se registró en el acta lo siguiente:

*Vista la anterior documentación el Tribunal observa que los documentos exhibidos no corresponden a lo solicitado en el decreto de la prueba y en consecuencia ordena a la parte Convocante la remisión del informe elaborado para la Contraloría y preparar los informes correspondientes a los años posteriores al 2004<sup>31</sup>.*

*La representante legal de la Convocada (sic) manifiesta que remitirá esos*

---

<sup>31</sup> En el cuaderno n.º 6 del expediente, reposan “los flujos de caja que fueron entregados a la Contraloría, conjuntamente con la copia de las comunicaciones remisorias, así como los informes correspondientes a los años posteriores al 2004, preparados por la sociedad”, según oficio del 27 de noviembre de 2008, suscrito por el representante legal de ENELAR (f. 1 a 14). En el folder anexo AZ n.º 3, aparecen los “estados financieros dictaminados y certificados, Balance General y Estados de Resultados de los años 1997 hasta 2008, con sus respectivas notas a los estados financieros y el dictamen del revisor fiscal”, que fueron entregados por ENELAR.

*documentos a más tardar el próximo 27 de noviembre de 2008.*

*Concluido lo anterior procedió el Presidente del Tribunal a otorgar el uso de la palabra a los apoderados de las partes y al Ministerio Público.*

*El apoderado de la parte convocada solicitó que se incorporara al expediente una copia integral de los libros exhibidos a lo cual se opuso el apoderado de la parte Convocante manifestando que por tratarse de los libros contables en los cuales reposa la totalidad de la contabilidad de ENELAR, debe respetarse la reserva en todos aquellos aspectos diferentes a los relacionados con el contrato que da origen a este proceso.*

*A su turno la delegada del Ministerio Público manifiesta que efectivamente la reserva debe respetarse pero que en la medida en que el Tribunal ya solicitó la remisión de los informes no hay necesidad de incorporar copia íntegra de la contabilidad de Enelar.*

*Escuchadas las anteriores intervenciones, el Tribunal considera improcedente la incorporación de copia de todos los libros de contabilidad exhibidos y procederá a poner en conocimiento de la Convocada y del Ministerio Público los informes que serán remitidos por la actora.*

*A continuación se dio por concluida la diligencia de exhibición de documentos (...)” (f. 34 a 45, c. 2).*

44. Contra lo decidido por el tribunal de arbitramento respecto de los documentos contables de la convocante, no se interpuso recurso alguno. Ahora bien, se observa que el mismo día, 12 de noviembre de 2008, se continuó la audiencia de práctica de pruebas con la recepción de algunos testimonios y posteriormente, según consta en el acta n.º 8, las partes “(...) fueron exhortadas para que se pronunciaran sobre la eventual práctica de las inspecciones judiciales que se encuentran aplazadas, ante lo cual expresaron que en razón a que las diligencias de exhibición surtidas en las horas de la mañana permitieron acopiar toda la documentación que se requería, consideran innecesario que se adelanten tales inspecciones judiciales en la sede de la Alcaldía del Municipio de Guadalajara de Buga, en la sede principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA S.A., en la sucursal de la Sociedad Fiduciaria de Occidente S.A. y en la sede de la entidad Convocante”. En consecuencia, se profirió el auto n.º

15, mediante el cual se resolvió prescindir de las referidas inspecciones judiciales. El acta correspondiente, fue suscrita por el apoderado de la parte convocada, quien no interpuso recurso alguno en contra de lo decidido (f. 53, c. 2). El 30 de abril de 2009, se llevó a cabo la audiencia de alegatos –acta n.º 13-, en la cual intervino la parte convocada presentando los propios<sup>32</sup> (f. 66, c. 2).

45. De acuerdo con el anterior recuento, se advierte que no se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de esta causal de anulación del laudo arbitral, puesto que el recurrente, durante el proceso arbitral, no solicitó oportunamente la prueba consistente en el interrogatorio de parte de la convocante. Y en relación con la documentación de ENELAR a la que se refirió en la solicitud de inspección judicial, se observa que en su escrito pidió que se ordenara a aquella la exhibición de *“el balance o informe técnico y financiero”* de la ejecución del contrato y el tribunal ordenó *“(...) a la parte Convocante la remisión del informe elaborado para la Contraloría y preparar los informes correspondientes a los años posteriores al 2004”*, es decir que coincidió lo decretado con lo pedido y dicha documentación fue finalmente aportada al proceso –ver pie de página 30-.

46. Se concluye entonces, que en realidad la inconformidad del recurrente no tiene su origen en el comportamiento procesal del tribunal de arbitramento en cuanto a la actividad probatoria que le competía adelantar, sino que radica en la valoración que, de los medios de prueba regularmente allegados al proceso, efectuó aquel, pues las argumentaciones del recurso cuestionan el hecho de que la decisión arbitral se hubiera fundamentado en el dictamen pericial practicado, sin que se hubiera exigido a la parte convocante aportar toda su documentación contable, para verificar en ella las deducciones y conclusiones del perito, crítica que, sin duda alguna, resulta ajena al contenido y finalidad de la causal en estudio, razón por la

---

<sup>32</sup> En el cuaderno 8 reposan, entre otros, los alegatos presentados por la parte convocada (f. 253 a 393) y la transcripción del resumen oral que de los mismos hizo en la audiencia (f. 480 a 492).

cual este cargo será desestimado.

**Tercera causal: Numeral 6° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.**

47. El recurrente sostiene que se configuró esta causal porque el laudo arbitral profirió una condena basado en el supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato, sin que obrara prueba en el proceso sobre esta circunstancia, pues no se acreditó el cálculo financiero que efectuó el convocante al presentar su oferta y que el mismo se hubiera visto afectado por la expedición del Acuerdo 036 de 2005, como tampoco la diferencia de ingresos entre lo que hubiera recaudado de haberse aplicado la tarifa contenida en el Acuerdo 081 de 2003 y lo que efectivamente recaudó, por lo tanto pide la nulidad del laudo arbitral, específicamente respecto de los numerales sexto y séptimo de la parte resolutive. Sostuvo:

*No hace la mayoría del Tribunal un mínimo estudio jurídico, ni fáctico o de medio de prueba legal que permitiera inferir existe el daño y se da la condena proferida. Y no lo hace porque no lo hay, o se enseña en el proceso arbitral el arribo del medio de prueba que acreditara la existencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato que suscribe el municipio (...).*

*Lo que se da u (sic) aquí ocurre es nada menos que una ligera evaluación en conciencia y no en derecho, porque se coteja, enfrenta, confronta o compara dos Acuerdos Municipales en los que se establece unas tarifas que a manera de impuesto se les cobra a un grupo de personas a los que dice son sujetos pasivos como contribuyentes o responsables del pago de ese impuesto. Acuerdos que constituyen los hechos de la demanda del convocante y esos hechos deben ser demostrados”.*

*(...) no es la simple confrontación entre dos Acuerdos Municipales, la que lleva a determinar mediante una resta matemática es la válida o sería, para inferir que estaríamos ante la existencia de una ruptura financiera del contrato de concesión que ocupó el debate arbitral. Explicarlo de esa manera, es decidir en conciencia (...).*

*Lo que aparece es (...) un cálculo de la diferencia en los ingresos del*

*concesionario derivados de la falta de aplicación del artículo 2 del Acuerdo No. 081 de 2003, que no se analiza, ni define con base en los libros y papeles de Enelar y el Acuerdo 126 de 1997 y el convocante como de suya era la obligación, tampoco que era el Municipio a quien correspondía pedir la aplicación del artículo 2º del Acuerdo 081 de 2003 a la EPSA E.S.P. (...) a la firma Enelar S.A. E.S.P., se demostró era a este a quien valga el pleonasma de nuevo le debía pedir a Epsa E.S.P. se abdicara de continuar aplicando el Acuerdo 123 de 1996, para que en su lugar hiciera lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo 081 de 2003.*

48. En relación con esta causal, es necesario advertir que tratándose del laudo arbitral que se profiere para dirimir la controversia originada en un contrato estatal, el mismo debe ser en derecho, tal y como lo dispone el artículo 70 de la Ley 80 de 1993. Y de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, el arbitraje en derecho “(...) es *aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente*”. En consecuencia, de comprobarse que este requisito no se cumplió en el presente caso, resultaría procedente la anulación de la decisión impugnada.

49. Ahora bien, para que se pueda predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver, lo hicieron dejando de lado las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, basando su decisión exclusivamente en su sentido de justicia. Como lo ha reconocido la jurisprudencia:

*(...) tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado de definir qué se debe entender por “fallo en conciencia” y su diferencia con los fallos en derecho, concluyendo que en los primeros, el juzgador se encuentra dentro de un marco de acción más amplio, toda vez que sus decisiones sólo obedecen a su sentido de justicia, sin que se halle limitado por las normas legales que en cambio, sí sujetan la decisión del juez en los fallos en derecho, en los cuales debe darse aplicación a la normatividad que rige el respectivo asunto, y las decisiones deben estar sustentadas tanto en la ley, como en las pruebas aportadas al proceso; al respecto, ha dicho la doctrina:*

*“La distinción entre el arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad está muy arraigada en el derecho arbitral, pues, como se ha dicho, aparece por lo menos desde la Edad Media, cuando se autoriza el (sic) árbitro*

*para prescindir de reglas jurídicas y fallar conforme a su leal saber y entender, o verdad sabida y buena fe guardada (ex aequo et bono).*

*Nuestro país siempre ha reconocido esta modalidad arbitral, y así lo reitera el estatuto vigente (decr. 1818 de 1998) en su artículo 115, cuando dice que el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. Pero esta disposición, que pertenece a la ley 446 de 1998 y con la cual se modifica el artículo 1° del decreto 2279 de 1989, sustituyó la expresión arbitraje en conciencia que había sido tradicional en nuestro medio, por la de arbitraje en equidad, pero esta es impropia, porque todo arbitraje y, aún más, toda decisión judicial debe ser equitativa, por cuanto debe ser justa. De lo que se trata es de que el árbitro en conciencia no está sujeto a reglas de derecho para emitir el laudo, ni obligado a aplicarlas, sino que falla conforme a su prudencia y buen juicio; por ello es más apropiado hablar de arbitraje en conciencia, que es además una expresión muy usual en el derecho comparado.*

*El arbitraje en derecho constituye entonces un mecanismo de auténtica sustitución del juez estatal por el juez arbitral, por cuanto este obra dentro del proceso igual a como lo haría el primero tanto formal como materialmente, es decir, instruye el proceso, practica las pruebas y resuelve el litigio, siempre con sujeción a las reglas de derecho sustantivo y procesal plasmadas en la ley interna de cada Estado. En cambio, en el arbitraje en conciencia (ex aequo et bono), el juez arbitral tiene un mayor campo de acción, el cual puede ser amplio o restringido, según la legislación aplicable. En algunos países inclusive el árbitro puede llegar a establecer las reglas de procedimiento o aceptar como pruebas medios que no están autorizados por la ley en los procesos judiciales ordinarios.*

...

*Así pues, en nuestro medio el arbitraje en conciencia se reduce a la posibilidad que tiene el juez de fallar la controversia sin acudir a reglas de derecho sustantivo, según su leal saber y entender, o su razón natural, o verdad sabida y buena fe guardada, como también suele decirse”<sup>33</sup>*

*De otro lado, ya esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en forma reiterada sobre la naturaleza de los fallos en conciencia, manifestando:*

*“...Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.*

*“En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando así actúa tiene la facultad de decidir “exi quo et bono”, locución latina que quiere decir “conforme a la equidad o según el leal saber y entender” (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988, U. Externado de Colombia, pág. 181).*

---

<sup>33</sup> [1] “BENETTI SALGAR, Julio; *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*; Editorial Temis S.A., 2ª. ed., 2001, pags. 35 y 36”.

*“Tal amplitud permite aceptar que cuando el juez arbitral decide en conciencia puede aun conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.*

(...)

*“El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.*

*“Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación del mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.*

(...)

*“En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos”.<sup>34</sup> (Se subraya).*

*Resulta claro entonces, que la distinción entre una y otra forma de fallar, radica en la exigencia que se impone a los árbitros en derecho de ajustar su decisión a las disposiciones legales que regulan la cuestión sometida a su conocimiento, sin dejar de lado el hecho de que deberán apreciar las pruebas de conformidad con las reglas legalmente establecidas para ello, dentro del sistema de la sana crítica dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual el juez goza de libertad para su valoración, obviamente sin desconocer las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, que deben ser tenidas en cuenta al momento de estimar o desechar un medio probatorio.<sup>35</sup>*

50. En el presente caso, el recurrente afirma que el laudo fue en conciencia, porque la decisión que se tomó, carece de pruebas en el proceso. No

---

<sup>34</sup> [2] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992. Expediente 6695. Actor: Consorcio Vianini Entrecanales Empresa Energía de Bogotá Tavora S.A., reiterada en Sentencia del 4 de julio de 2002, Expediente 11001-03-26-000-2001-0049-01(21217), actores: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. (EPSA)”.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, expediente 24765, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

obstante, al revisar lo decidido en el fallo arbitral y su fundamentación, se advierte que los árbitros tuvieron en cuenta las normas procesales y sustantivas que consideraron aplicables a la controversia así como el acervo probatorio allegado al plenario y compuesto por documentos, testimonios y principalmente, el dictamen pericial que se practicó en el proceso para probar los hechos afirmados en la demanda sobre el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión celebrado entre las partes, con ocasión de la aplicación o inaplicación de los acuerdos del concejo municipal que regularon el impuesto por alumbrado público en el municipio de Buga.

51. En consecuencia, no se advierte que el laudo impugnado, haya sido proferido en conciencia y por lo tanto, este cargo será denegado.

**Cuarta causal: Numeral 8º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.**

52. En el recurso de anulación, se aduce esta causal respecto de los numerales tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo arbitral impugnado, pues se considera que en ellos, los árbitros impusieron unas condenas que no provienen de obligaciones contractuales a cargo del municipio, razón por la cual no hacían parte de la cláusula compromisoria y por lo tanto, no eran materia del debate procesal ni un punto sujeto a la decisión de los árbitros o sobre el cual debía pronunciarse el tribunal de arbitramento. Se refiere a la facturación que llevó a cabo el municipio respecto del servicio de alumbrado público a aquellas empresas a las cuales EPSA no les prestaba el suministro de energía eléctrica y por lo tanto tampoco las facturaba, frente a lo cual, como habían pactado la entidad contratante y ENELAR S.A., esta última debía contratar con las comercializadoras de energía que suministraran el servicio a los usuarios no regulados, para que así mismo les facturaran el de alumbrado público,

siendo una obligación de la concesionaria adelantar esta solución, pero al no hacerlo –afirma el recurrente–, debió la entidad concedente, a pesar de no ser una obligación contractual suya, proceder a la facturación por el impuesto de alumbrado público a esas empresas. Agregó:

*No está contenido en el compromiso que esas obligaciones de facturación del impuesto de alumbrado público corresponda al Municipio. Es decir cuando el municipio facture y cobre el servicio de alumbrado público que presta el concesionario a quienes no son facturados por la empresa que le suministra la energía eléctrica, luego entonces no es controversia o diferencia entre las partes que se presenten por razón de la interpretación, ejecución y liquidación de este contrato.*

## **El principio de congruencia**

53. La causal aducida por el recurrente, es una manifestación del principio de congruencia de las sentencias<sup>36</sup>, el cual se desconoce cuando el juez profiere una decisión que va más allá de lo solicitado (fallo *ultra petita*) o cuando decide sobre puntos no incluidos en el litigio (fallo *extra petita*) o cuando se concede menos de lo pedido (fallo *citra o infra petita*); “(...) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “*causa petendi*” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto

---

<sup>36</sup> El artículo 305 del C.P.C., lo consagra en los siguientes términos: “*Congruencia. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. // En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.*”

*compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal*<sup>37</sup>.

54. De acuerdo con lo anterior, la congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues *“Para detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante, o sea la resolutive, teniendo en cuenta que esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo*<sup>38</sup>, limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales,

*“(…) el cual apunta a verificar que desde el punto de vista formal se haya dado cumplimiento a las normas que regulan el proceso arbitral y ha sido instituido precisamente, como mecanismo que garantice el debido proceso en los trámites arbitrales. En consecuencia, apunta a corregir errores in procedendo, no errores in iudicando, lo que le impide al juez del recurso entrar a analizar las consideraciones de fondo y sustantivas que tuvo en cuenta el tribunal de arbitramento para decidir*<sup>39</sup>.

55. Las causales de anulación de los laudos arbitrales, conducen, en principio, a la declaratoria de nulidad de la decisión, salvo en aquellos eventos en los cuales, por disposición legal, resulta procedente que el juez del recurso extraordinario proceda a corregir el laudo<sup>40</sup>, como cuando se

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 43440, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>40</sup> El inciso 2º del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989 -modificado por el artículo 129 de la Ley 446 de 1998-, dispuso que *“Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º del artículo 38 del presente decreto, declarará la*

vulnera el principio de congruencia por no haber decidido los árbitros sobre todos los asuntos sujetos al arbitramento, caso en el cual, comprobado el defecto por el juez del recurso, éste debe proceder a resolver lo que aquellos hubieren dejado sin solución en el respectivo laudo.

56. De acuerdo con lo expuesto, se requiere, en aras de resolver este cargo, determinar cuáles son esas “*cuestiones sujetas al arbitramento*” sobre las que debe pronunciarse el juez arbitral, para lo cual:

*“(...) debe recordarse que el marco de competencia de sus actuaciones, está dado en primer lugar por la ley; en segundo lugar, por las disposiciones de las partes en el pacto arbitral, respecto de los asuntos que serán sometidos a la decisión de los árbitros; y en tercer lugar, por las pretensiones incluidas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.*

*De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer término, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver, así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque la misma sea temporal<sup>41</sup>.*

57. Significa lo anterior, que la competencia del juez arbitral para decidir no es absoluta sino que se encuentra limitada por varios aspectos que marcan

---

*nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará”. A su turno, el artículo 38 mencionado en la norma, establece que son causales de anulación del laudo: 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo. 2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite. 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga. 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento. 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, expediente 32399, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

los límites dentro de los cuales debe resolver la controversia sometida a su conocimiento, los cuales están dados, en primer lugar, por la limitación impuesta a este mecanismo alternativo de solución de controversias, en cuanto sólo procede respecto de aquellas materias que sean transigibles<sup>42</sup>; en segundo lugar, el tribunal de arbitramento se halla limitado en su decisión al contenido de la respectiva cláusula compromisoria o en el compromiso que suscribieron las partes, documentos en los cuales ellas delimitan de manera clara y precisa la materia que fue su voluntad excluir de la decisión del juez natural del contrato y en tercer lugar, el marco de acción del juez arbitral también se ve limitado por las concretas pretensiones aducidas en la demanda arbitral así como las excepciones propuestas en su contestación.

58. En el presente caso, es claro que el objeto de la controversia suscitada, tendiente a establecer la procedencia o improcedencia de las reclamaciones económicas planteadas por la sociedad contratista convocante frente a la entidad estatal convocada a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, corresponde a materia respecto de la cual las partes pueden transigir. Ahora bien, para establecer si en el presente caso los árbitros se pronunciaron sobre asuntos que no les correspondía decidir, como lo sostuvo el recurrente, resulta necesario recordar, en primer lugar, el contenido de la cláusula compromisoria pactada por las partes en el respectivo contrato, la cual fue del siguiente tenor:

**CLÁUSULA COMPROMISORIA:** *A) Toda controversia o diferencia entre las partes que se presenten por razón de la interpretación, ejecución y liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si no se lograre un acuerdo entre las partes, su nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de Cali, a petición de cualquiera de ellas. Los árbitros decidirán en derecho y deberán ser abogados colombianos en ejercicio. El arbitramento podrá solicitarse por cualquiera de las partes, dando aviso oportuno a la*

---

<sup>42</sup> El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, definió el arbitraje en los siguientes términos: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (...)”.

*otra parte. B) Cualquier controversia que surja entre las partes en relación con un asunto técnico y que no pueda ser resuelto entre las mismas, será dirimido mediante arbitramento técnico por un árbitro idóneo, de acuerdo con la materia, que deberá ser designado de común acuerdo entre las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali. C) El tribunal así constituido se regirá en todo por las disposiciones sobre la materia establecidas en el decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991 y las disposiciones que los modifiquen, adicionen o reformen. La sede del Tribunal de Arbitramento será la ciudad de Cali y el procedimiento arbitral será administrado por el centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de dicha ciudad.*

59. De acuerdo con sus términos, se advierte que la voluntad de las partes fue deferir a los árbitros la solución de cualquier diferencia, es decir, de toda controversia que se suscitara con ocasión del contrato celebrado, por lo cual, desde el punto de vista de los posibles litigios que se podían derivar del negocio jurídico, no existía, en cuanto al querer de las partes, ninguna limitación para someterlos a la decisión del tribunal de arbitramento.

60. Ahora bien, como ya se dijo, dentro del ámbito de competencia general establecido en la cláusula compromisoria, surge un segundo lindero para los árbitros, que está constituido por el contenido tanto de la demanda como de la contestación, en relación con el cual se observa que:

61. Tal y como quedó reseñado, la convocante en su demanda pretendió que se declarara el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por varias causas ajenas a su voluntad: i) la omisión del municipio en el cobro -facturación y recaudo- del impuesto por concepto de alumbrado público a los usuarios no facturados por EPSA E.S.P.; ii) por la omisión del municipio en hacer cumplir el artículo 2º del Acuerdo n.º 081 del 28 de mayo de 2003 del concejo municipal de Buga a los usuarios del servicio de alumbrado público que son facturados por EPSA E.S.P.; iii) por las sumas dejadas de facturar tanto a los usuarios facturados

por EPSA, como a los usuarios que debe facturar el municipio, con ocasión de la entrada en vigencia del Acuerdo 036 de 2005; iv) por la mora en que ha incurrido el municipio para reconocer y pagar las sumas que EPSA E.S.P. ha cobrado con cargo a los recaudos por concepto de reactancia; v) por el pago que debe realizar ENELAR por concepto del suministro de energía que se destina al alumbrado público, a causa de la negociación que adelantó el municipio con la empresa EPSA S.A. E.S.P., que efectúa dicho suministro; vi) por los mayores valores que las autoridades del municipio exigieron pagar al concesionario para cubrir los riesgos que ampara la garantía única.

62. En consecuencia, pidió que se declarara que el municipio de Buga debía restablecer el equilibrio económico del contrato mediante i) el reconocimiento y pago de las sumas causadas por concepto del impuesto de alumbrado público a las empresas Solla S.A. y Concentrados S.A. y que estas empresas se abstuvieron de cancelar; ii) el reconocimiento y pago de la suma que debió ser facturada y recaudada por el municipio, de los usuarios no regulados cuyo tributo no recauda EPSA; iii) que en lo sucesivo, para mantener el equilibrio económico del contrato, el municipio transferirá a la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el laudo y hasta la fecha en que termine el contrato, mes a mes, una suma equivalente al total de la facturación que corresponde a los usuarios del servicio de alumbrado público que no factura EPSA E.S.P. o, subsidiariamente, al total de lo que se recaude mes a mes por este concepto; iv) el pago del valor total de las sumas que se dejaron de facturar por no hacer cumplir el artículo 2º del Acuerdo 081 de 2003; v) el pago del valor total de las sumas que se dejaron de facturar tanto a los usuarios facturados por EPSA como los usuarios que debe facturar el municipio, mes a mes, desde la fecha en que entró a regir el Acuerdo 036 de 2005; vi) que en lo sucesivo, el municipio pagará directamente al concesionario, mes a mes, la diferencia que resulte entre la facturación que se realice o deba realizarse a los usuarios como consecuencia de la aplicación del citado Acuerdo 036 y la facturación que debía realizarse con

base en las tarifas que eran aplicables cuando este acuerdo entró a regir; vii) el pago del valor total de las sumas que, con cargo al recaudo por concepto del servicio de alumbrado público, se han pagado a EPSA E.S.P. por concepto de reactancia, desde la fecha en que se inició el contrato de concesión y hasta el día 30 de junio del año 2007; viii) el pago del valor total del incremento en el precio de la energía suministrada, como consecuencia de lo acordado en el contrato que celebró el municipio con EPSA y que haya sido pagado a ésta por ENELAR, con cargo al recaudo de la tarifa por concepto de alumbrado público, desde el mes de julio de 2007; ix) que en lo sucesivo, el municipio pagará directamente a EPSA E.S.P. el valor correspondiente, o subsidiariamente, transferirá al concesionario una suma equivalente al desembolso que se realice con cargo al recaudo por este concepto, en la misma fecha en que éste se produzca, desde la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta la fecha de finalización del contrato de concesión; x) el pago de la diferencia que resulta de comparar el pago de la prima que exigió el municipio con el pago que debía realizar de conformidad con el contrato.

63. Por su parte, la entidad convocada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de i) falta de competencia del tribunal de arbitramento, ii) caducidad de la acción, iii) e ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción.

64. Ahora bien, si se compara el contenido de los escritos de demanda y contestación con el del laudo arbitral, se advierte que en él los árbitros se refirieron a todos los aspectos planteados por las partes, de la siguiente manera:

65. En primer término, el tribunal se ocupó de resolver sobre su propia competencia y la excepción de ineptitud de la demanda, para lo cual manifestó que no era cierto que el laudo fuera a tener efectos respecto de las sociedades Solla S.A. y Concentrados S.A. o terceros

indeterminados y que por ello el tribunal careciera de competencia para resolver la controversia planteada, pues los pronunciamientos que hubiera que hacer, recaerían exclusivamente sobre las partes y la decisión *“en ningún caso comportará una orden o condena a Solla y Concentrados o a otras entidades, ni tampoco una exoneración”*.

66. Como tampoco era cierto que careciera de competencia y que la demanda fuera inepta porque el laudo se fuera a ocupar de definir la legalidad del Acuerdo 036 de 2005, ya que las pretensiones de la convocante no apuntaban a un pronunciamiento en tal sentido. Por lo tanto, en el laudo no se resolvería nada sobre la validez del referido acto administrativo –que, por otro lado, ya había sido resuelta por el tribunal administrativo en otro proceso en el que negó las pretensiones de nulidad en su contra- y se limitaría a establecer si con ocasión de su expedición se rompió el equilibrio económico del contrato celebrado por las partes. También desestimó la excepción de caducidad de la acción, por considerar que el contrato materia del litigio se encontraba vigente y en ejecución y por lo tanto, no era posible predicar tal fenómeno.

67. A continuación, se refirió a cada una de las pretensiones de la demanda, algunas de las cuales acogió, tal y como quedó reseñado – ver párrafo 4-, para lo cual analizó el contenido del contrato celebrado por las partes para el mantenimiento y administración del alumbrado público del municipio de Buga, así como la forma de remuneración pactada a favor del concesionario, que consistiría en el valor que se llegare a facturar a los usuarios por concepto de alumbrado público en el municipio de Buga, el cual debía ser transferido a la fiduciaria contratada para que administrara tales recursos, quien una vez deducida la comisión, pagaría el suministro de energía eléctrica y los créditos del concesionario, para, finalmente, transferirle a éste el remanente. Para la facturación y recaudo de la tasa de alumbrado público establecida por el concejo municipal, el municipio había

suscrito un contrato con la empresa prestadora del servicio domiciliario de energía eléctrica, Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. - EPSA E.S.P.-.

68. El tribunal encontró que, para los usuarios que no fueran facturados por EPSA, el concesionario había sido autorizado para recaudar la tasa de alumbrado público previa celebración de contratos o convenios con otras empresas de servicios públicos para que realizaran esa facturación y recaudo. Por lo tanto, no había una obligación contractual del municipio de realizar los cobros del impuesto del alumbrado público, pues le cedió al concesionario sus derechos sobre el valor total mensual de la facturación de este servicio durante la vigencia del contrato de concesión. Por lo tanto, no le correspondía efectuar cobros por este concepto a las sociedades Solla y Concentrados, que además, no recibieron el servicio, por no encontrarse en el casco urbano del municipio.

69. En relación con el cobro del servicio a los otros usuarios no facturados por EPSA, el Tribunal consideró que la remuneración del concesionario se acordó sobre el valor total de la facturación mensual, que ENELAR realizó directamente a los “usuarios no regulados” hasta la expedición del Acuerdo 036 de 2005 y a partir de este momento, el municipio procedió a facturar y recaudar directamente los dineros por concepto del servicio de alumbrado público, por lo que tenía en su poder unas sumas de dinero a las que tenía derecho el concesionario y al no transferirlas a la fiduciaria, incurrió en incumplimiento del contrato que se traduce en un desequilibrio económico del mismo, que conduce a reconocer las pretensiones que por este concepto elevó la convocante –pretensión 1.2, literales a y b, y la subsidiaria del literal d-

70. Sobre la falta de aplicación del artículo 2º del Acuerdo 081 de 2003, el Tribunal estimó que la norma tarifaria que sirvió de sustento para la celebración del contrato de concesión fue el Acuerdo 126 de 1997, en el cual, el municipio de Buga adoptó como parámetro de ajuste mensual para la tarifa del impuesto de alumbrado público, el mismo que estuviera determinado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG. En enero de 2003, la CREG modificó la fórmula vigente para calcular el valor máximo del costo unitario de la prestación del servicio de energía, por lo que el municipio profirió el Acuerdo 081 de 2003, en el que dispuso que a partir de la fecha, la tarifa del impuesto de alumbrado público sería indexada mensualmente utilizando el mecanismo dispuesto por la CREG para definir la tarifa de energía eléctrica, es decir, se reajustarían *“en la misma proporción del incremento del costo unitario de prestación del servicio de EPSA CU tomado como base CU de EPSA de diciembre de 2002”*.

71. Según el tribunal, la convocante afirmó que el municipio se abstuvo de aplicar esta fórmula de incremento y la entidad convocada, no probó que efectivamente lo hubiera hecho, pero sí se acreditó que le negó la petición al concesionario, relativa a dicha aplicación y en el dictamen pericial se demostró una diferencia en los ingresos del contratista entre lo que efectivamente recaudó y lo que debió haber recaudado si se hubiera dado cumplimiento a la norma en comento, lo que a su vez, es demostrativo de la afectación del equilibrio económico del contrato, pues en su oferta, el concesionario efectuó los cálculos y proyecciones de ingresos sobre la base de las tarifas contenidas en el Acuerdo 126 de 1997, es decir que edificó su remuneración, que es elemento esencial de la concesión, sobre la base exclusiva de las tarifas y de los componentes contenidos en ese acuerdo, entre ellos, la fórmula de ajuste establecida por la CREG, siendo evidente que la intención de las partes fue que esas tarifas se fueran actualizando.

72. Luego de referirse a lo que es la ecuación económica del contrato y la forma como la misma se establece desde el momento de su celebración, el tribunal manifestó que *“tratándose de contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo, debe existir aquello que la doctrina denomina “reciprocidad dinámica”. Algunas veces esa reciprocidad se logra mediante la incorporación de fórmulas de actualización pactadas desde el comienzo, como ocurrió en este caso, que buscan preservar la conmutatividad que desde el inicio las partes han concebido”* y que el riesgo de la variación de la fórmula de actualización fue asumido por el concesionario, pero que éste no asumió el riesgo de que finalmente el municipio se abstuviera de cumplir la obligación de aplicar la nueva tarifa dispuesta en el Acuerdo 081, circunstancia que según se demostró en el dictamen pericial, representó para el concesionario un menor valor de sus ingresos, con lo cual se generó un desequilibrio en la relación negocial que es imputable al incumplimiento contractual del municipio, que además desconoció el principio de la confianza legítima, traicionando la que había suscitado en su contratista, por lo que había lugar a la indemnización de perjuicios por este concepto.

73. Sobre la aplicación del Acuerdo 036 de 2005, por la cual la parte convocante pidió el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el tribunal estudió los antecedentes y circunstancias de expedición de dicho acto administrativo, por medio del cual el concejo municipal de Buga bajó las tarifas del impuesto de alumbrado público, lo cual, concluyó, afectó la ecuación contractual en detrimento del concesionario, pues se rompió la equivalencia prestacional que había surgido al celebrarse el contrato con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo 126 de 1997, teniendo en cuenta que, además, los costos de la energía aumentaron por acuerdo celebrado entre el municipio demandado y la empresa que suministraba ese insumo, por lo que resultaba indiscutible que si los costos del concesionario aumentaron y sus ingresos disminuyeron, como se comprobó mediante el dictamen

pericial, se presentó el desequilibrio alegado por la convocante por causas imputables al municipio, por cuanto al provenir de un acto administrativo de carácter general expedido por el concejo municipal, se configuró el hecho del príncipe y había lugar a acceder a sus pretensiones de restablecimiento mediante el reconocimiento de aquellos ingresos dejados de percibir, con base en las cifras calculadas en el dictamen pericial, sin que sea procedente en este aspecto, como no lo fue respecto de lo decidido sobre la condena derivada de la inaplicación del Acuerdo 081 de 2003, el reconocimiento de intereses moratorios, puesto que la declaración del desequilibrio sólo se configura a partir del laudo arbitral.

74. El tribunal se refirió a la pretensión por el pago de la reactancia, por el desequilibrio que se produjo como consecuencia de la mora en la que incurrió el municipio para reconocer y pagar las sumas que EPSA E.S.P. cobró con cargo a los recaudos por tal concepto, para concluir que resultaba improcedente la reclamación de la convocante, toda vez que resulta inadmisibles su afirmación de que tal pago no pudo ser advertido por el concesionario al momento de celebrar el contrato, por ser una hipótesis que no resulta verosímil para un profesional de la actividad y ENELAR, que es experta en el negocio de la operación y mantenimiento del alumbrado público, debía saber que el pago de la reactancia –pérdidas asociadas al costo de la energía eléctrica- debía ser asumido por ella y tampoco se acreditó la pretendida ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato derivado del pago por este concepto, pues no se demostró que en la propuesta presentada por el concesionario o en algún otro documento se hubiese discriminado el valor de la energía a cancelar durante el tiempo de la concesión, con la sola excepción del flujo de caja propuesto. En consecuencia, denegó esta pretensión.

75. La convocante alegó el desequilibrio económico del contrato de concesión de la negociación que hizo el municipio de Buga con EPSA

para aumentar el precio de la energía suministrada, lo que repercutió en los costos que aquella debía cancelar por concepto del suministro de la energía eléctrica destinada al alumbrado público, razón por la cual pidió que se condenara al municipio a pagar el valor total del incremento y a que en lo sucesivo sea la entidad la que pague a EPSA el valor correspondiente o que, en subsidio, durante el término de ejecución del contrato, transfiera al concesionario una suma equivalente al desembolso que se realice con cargo al recaudo por este concepto en la fecha en que éste se produzca. Sobre esta pretensión, el tribunal de arbitramento manifestó que no era antijurídico el hecho de que el municipio y EPSA negociaran el reajuste de la tarifa que se había fijado 10 años atrás por concepto del suministro de energía eléctrica destinada al servicio de alumbrado público, al contrario, era de elemental justicia y además un riesgo previsible para el concesionario que tal tarifa fuera revisada y modificada y para ello el municipio no estaba obligado ni a consultarle ni a obtener su aprobación. Además, consideró que el recaudo del impuesto del alumbrado público remuneraba no sólo las tareas del concesionario sino también el suministro de la energía, por lo que *“nada de extraño ha de tener que el actor asuma esa carga, porque así debió preverlo cuando hizo la propuesta y posteriormente al firmar el contrato de concesión”*. En consecuencia, el tribunal denegó las pretensiones elevadas por este concepto.

76. Finalmente, en relación con la garantía única de cumplimiento, el tribunal también rechazó las pretensiones orientadas a obtener el pago de los mayores valores que tuvo que cancelar el concesionario para cubrir los riesgos que aquella amparaba, pues de conformidad con lo pactado en la cláusula séptima del contrato de concesión, aquel se comprometió a ampliar y a velar por la suficiencia de la garantía durante todo el tiempo de duración del contrato, por lo cual es su obligación adecuar los valores asegurados al monto del riesgo, con el consecuente ajuste de las primas respectivas.

77. De otro lado, se observa que en la parte resolutive del laudo arbitral, se decidió sobre todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad ENELAR S.A. E.S.P. y las excepciones propuestas por la entidad convocada –párrafo 4-.

78. Ahora bien, el recurrente afirmó, como ya se dijo, que el tribunal de arbitramento se pronunció sobre un punto que no estaba sujeto a la decisión de los árbitros, cuando decidió en el laudo arbitral i) declarar que el municipio de Buga debía restablecer el equilibrio económico del contrato *“quebrantado como consecuencia de la no transferencia del Municipio a la sociedad fiduciaria que administra los recursos de la concesión, una suma equivalente al total de la facturación recaudada directamente o por convenio con terceros, de los usuarios cuyo tributo no recauda EPSA, desde el mes de enero de 2006, fecha en que entró a regir el Acuerdo del Concejo Municipal No. 036 de 2005”* –numeral 3º- y en consecuencia, condenar al municipio a i) pagar a favor de ENELAR el capital reclamado debidamente actualizado –numeral 4º- y ii) disponer que en lo sucesivo el municipio debía transferir a la fiduciaria que administra los recursos de la concesión, a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el laudo y hasta la fecha en que termine el contrato, mes a mes, el valor total de lo que efectivamente recaude de los usuarios del servicio de alumbrado público no regulados –numeral 5º-.

79. Sobre esta afirmación, la Sala considera que no le asiste razón al impugnante, toda vez que la condena que se profirió corresponde, según el análisis que hizo el tribunal de arbitramento, a la remuneración a la que tiene derecho el concesionario, en virtud de lo dispuesto en el respectivo contrato como contraprestación a su favor<sup>43</sup>, lo que significa que sí era materia del arbitramento. Lo que

---

<sup>43</sup> Al respecto, como lo ha manifestado la jurisprudencia, *“El recaudo del impuesto de alumbrado público genera para el Municipio un ingreso de carácter tributario el cual, según disponga el Concejo Municipal con relación a dicho impuesto, puede resultar –o no-*

advierte la Sala es la inconformidad del recurrente con la condena que le fue impuesta y con la fundamentación que los árbitros hicieron de su decisión, pretendiendo que en esta instancia se haga un nuevo análisis de las obligaciones contractuales a cargo de las partes y derivadas del contrato de concesión 01-97, como si se tratara de un recurso de apelación, en virtud del cual el juez de segunda instancia está llamado a efectuar esa clase de revisión, lo cual, como ya se manifestó, es materia ajena al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, en el cual la competencia del juez del recurso se limita a verificar la existencia de la regular tramitación del proceso arbitral, dentro del marco de las causales de anulación planteadas en el recurso. Y como lo ha manifestado la Sala:

*(...) para determinar si se configuró o no la causal de anulación alegada, al juez del recurso no le es permitido indagar en el fondo de la decisión objeto de la impugnación, para definir si estuvo bien o mal resuelta la controversia sometida al tribunal de arbitramento, es decir que la argumentación y el análisis probatorio que éste haya llevado a cabo para decidir, escapan de lo que es objeto de estudio en sede del recurso extraordinario y por lo tanto, no son materia de pronunciamiento en esta ocasión, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación: "(...) se concluye que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las*

---

*vinculado contractualmente a la remuneración del contrato mediante el cual se hace efectiva la prestación del servicio público de alumbrado, bajo la modalidad que se adopte". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 33832, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). En similar sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en concepto 033654-09-09-14 suscrito por el subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, reiteró lo manifestado sobre la destinación del impuesto sobre el servicio de alumbrado público en oficio 019131 de 2014, en los siguientes términos: "El impuesto sobre el servicio de alumbrado público no tiene una destinación legal en la ley que autorizó su establecimiento por parte de los municipios // En caso de establecer dicho impuesto, los concejos municipales y distritales pueden darle a su recaudo el destino que juzguen más conveniente, como puede ser cubrir los costos de la prestación del servicio de alumbrado público (...)". Consultado en <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/buscador>.*

*pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión*<sup>44” 45</sup>

80. En consecuencia, dado que, independientemente de su acierto o desacierto, el tribunal de arbitramento sí se pronunció sobre un aspecto que fue libremente sometido a su decisión por las partes, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad.

## **Conclusión**

81. De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que las causales de anulación del laudo arbitral alegadas en el recurso no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto, el mismo se declarará infundado y el recurrente será condenado en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 446 de 1998 y compilado en el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil y el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S.J *“por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”* –arts. 5º y 6º, num. 1.12.2.3.-, fijándose las mismas en la suma equivalente a 10 S.M.L.V.

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

---

<sup>44</sup> [24] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 34193, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.*

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 46557, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

## **FALLA**

**PRIMERO:** Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 6 24 de junio de 2009, por el tribunal de arbitramento designado para dirimir la controversia contractual surgida entre el municipio de Buga y la sociedad ENELAR S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de concesión n.º 01-97 del 15 de noviembre de 1997.

**SEGUNDO:** Condénase en costas al recurrente municipio de Buga y por consiguiente al pago a favor de la convocante ENELAR S.A. E.S.P., de la suma equivalente a 10 S.M.L.V.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento, a través de su secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**