

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, primero (1º) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 11001-03-26-000-2023-00113-00 (70.145)
Convocante: CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA SA ESP
Convocado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS (UAESP)
Medio de control: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL
Asunto: FALTA DE COMPETENCIA – FALLO EN CONCIENCIA

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió el contrato de concesión no. 0344 de 2010; la sociedad convocante – contratista (convocada en reconvención) presentó demanda arbitral para que se accediera a múltiples pretensiones declarativas y algunas de condena, por cuanto, en su criterio, las tarifas para la disposición de residuos sólidos y el manejo de lixiviados fueron insuficientes, motivo por el cual el negocio jurídico estaba desequilibrado económica y financieramente; por su parte, la entidad convocada (convocante en reconvención) alegó que la tarifa era regulada y, por lo tanto, que el tribunal arbitral carecía de competencia para resolver la controversia, además, pidió que se declarara el incumplimiento de la contratista. Ambas partes interponen sendos recursos de anulación en contra del laudo arbitral del 11 de abril de 2023, con fundamento en las causales de anulación contenidas en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral, esto es, la falta de competencia del panel arbitral y contener el laudo decisiones adoptadas en conciencia y en equidad. La Sala accederá parcialmente al recurso de anulación interpuesto por la entidad convocada (convocante en reconvención) con fundamento en la causal 2 de anulación, es decir, la falta de jurisdicción y de competencia.

Temas: recurso extraordinario de anulación - características / Causales 2 y 7 de anulación / fallo en conciencia – no se configura porque el laudo está soportado en las pruebas practicadas en la interpretación de las normas de derecho positivo invocadas / cosa juzgada – no constituye ni configura la causal de falta de competencia – tarifa regulada – no es susceptible de ser revisada por los árbitros – la modulación temporal de los efectos de la tarifa regulada afecta y modifica validez del acto administrativo expedido por la autoridad regulatoria, motivo por el cual los árbitros no podían alterarlo so pretexto de restablecer el equilibrio económico del contrato.

En atención a que el proyecto de decisión presentado originalmente por el magistrado conductor del proceso no fue aprobado, procede la Sala a decidir, con ponencia del magistrado de la referencia, los recursos extraordinarios de

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

anulación interpuestos por las partes convocante y convocada contra el laudo arbitral del 11 de abril de 2023 (índice 2 SAMAI) por medio del cual un tribunal con sede en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá resolvió:

“Respecto de las pretensiones de la demanda principal reformada:

Primero. Declarar probada la excepción cuadragésima denominada ‘no puede el convocante actualizar sus reclamaciones bajo el WAAC definido por el regulador’ formulada respecto de las pretensiones duodécima, vigésima principal, vigésima octava principal, trigésima principal y trigésima quinta principal de la demanda reformada.

Segundo. Declarar parcialmente probada la excepción vigésima quinta denominada ‘improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos desde el 3 de abril de 2020’ formulada respecto de las pretensiones vigésima octava principal y subsidiaria de la demanda reformada.

Tercero. Abstenerse de estudiar las excepciones décima sexta denominada ‘la indebida gestión de riesgos por parte del concesionario no puede (sic) la razón para trasladar los costos de impuestos e intereses en su gestión’, décima octava ‘la improcedencia de la décima octava pretensión asociada al descuento ofertado’, vigésima primera ‘la naturaleza de la concesión y los riesgos explícitos e implícitos hace improcedente la reclamación de CGR Doña Juana – la improcedencia de reclamación económica según el mismo concesionario’, vigésima novena ‘improcedencia de reclamación por multas impuestas por la UAESP’, trigésima ‘improcedencia de reclamación por multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos – cosa juzgada por acuerdo conciliatorio’, trigésima tercera ‘improcedencia de recibir doble indemnización por la misma causa’, trigésima cuarta ‘el tribunal no puede convertirse en juez de la ejecución’ y trigésima quinta ‘pago’.

Cuarto. Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la convocada respecto de la demanda principal reformada.

Quinto. Acceder a la pretensión segunda de la demanda reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del contrato de concesión no. 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados que hacía parte de la remuneración de la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento en que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del relleno sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Sexto. Acceder a la pretensión tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del contrato de concesión no. 344 de 2010, para el componente de disposición de

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

residuos sólidos, que hacía parte de la remuneración de la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 de 2018, resultó no ser suficiente para permitir al contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del relleno sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Séptimo. *Acceder a la pretensión cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del contrato de concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 de 2018, resultó no ser suficiente para permitir al contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del relleno sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.*

Octavo. *Acceder a la pretensión quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) incumplió la ley y el contrato de concesión 344 de 2010 al establecer, para las actividades de disposición de residuos sólidos, en el periodo comprendido entre el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y la entrada en vigor de la Resolución CRA 843 de 2018, una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del relleno sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.*

Noveno. *Acceder a la pretensión sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) incumplió la ley y el contrato de concesión 344 de 2010 al establecer, para las actividades de tratamiento de lixiviados, una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del relleno sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.*

Décimo. *Acceder a la pretensión octava de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia, control y revisión respecto del contrato de concesión no. 344 de 2010.*

Undécimo. *Acceder a las pretensiones décima y vigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) a pagar a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña*

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Juana SA ESP a título de indemnización y compensación, para el periodo enero de 2017 a octubre de 2018, la suma de \$22.889'587.460 la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Duodécimo. *Acceder a las pretensiones undécima y vigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) a pagar a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP a título de indemnización y compensación, para el periodo 2010 a octubre de 2018, la suma de \$30.167'674.339, la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

Decimotercero. *Acceder a la pretensión vigésima primera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que actos y hechos de autoridad y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, afectaron adversamente la situación del contrato de concesión no. 344 de 2010 ocasionando y profundizando su desequilibrio económico y financiero.*

Decimocuarto. *Acceder a la pretensión vigésima segunda de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que los incumplimientos de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y los actos y hechos de autoridades y de terceros, así como las circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, probados en el proceso, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión no. 344 de 2010 y ocasionaron daños y perjuicios a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.*

Decimoquinto. *Acceder a la pretensión vigésima quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de lixiviados, tal como se aprecia en la cláusula segunda numerales 7, 8 y 9, en la cláusula tercera, sobre lixiviados, numeral 1, y en la cláusula séptima, literal b) del contrato 344 de 2010.*

Decimosexto. *Acceder a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del numeral 8 de la cláusula segunda del contrato de concesión no. 344 de 2010, así como el siguiente aparte contenido en el numeral 9 de esa misma cláusula: 'En caso de requerirse inversión adicional, el sistema de tratamiento de lixiviados deberá, a partir del primer día del octavo mes, cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, El Concesionario está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua'.*

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Decimoséptimo. Acceder a pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula tercera del contrato de concesión no. 344 de 2010: 'En caso de requerirse inversión adicional, el sistema de tratamiento de lixiviados se deberá operar a partir del primer día del octavo mes, cumpliendo con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, El Concesionario está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua'.

Decimooctavo. Acceder a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula séptima del contrato de concesión no. 344 de 2010: 'La UAESP cubrirá de sus recursos hasta cuatro mil cien millones de pesos m/cte (\$4.100'000.000)'.

Decimonoveno. Acceder a la pretensión vigésima séptima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) incumplió el Acta no. 01 de 2014 y el contrato de concesión 344 de 2010, al desconocer lo pactado en dicha acta sobre la disposición y la remuneración de los residuos provenientes de demolición y construcción de arrojado clandestino mezclados con residuos sólidos ordinarios.

Vigésimo. Acceder parcialmente a la pretensión vigésima octava subsidiaria de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) a pagar a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP la suma de \$5.626'917.230 correspondiente a las facturas no pagadas, la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo.

Vigésimo primero. Acceder a la pretensión vigésima novena de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) aplicó y efectuó descuentos a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP con base en indicadores de calidad improcedentes, sin observancia del debido proceso ni del derecho de audiencia y sin tener en cuenta la afectación derivada de la insuficiencia de la remuneración del concesionario, con lo cual incumplió la ley y el contrato de concesión no. 344 de 2010 y afectó el equilibrio económico del mismo.

Vigésimo segundo. Acceder a la pretensión trigésima subsidiaria de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) a pagar a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP la suma de \$6.376'824.728 por concepto de descuentos indebidamente realizados, la cual se encuentra debidamente actualizada a la fecha de este laudo.

Vigésimo tercero. Acceder a la pretensión trigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) tenía a su cargo la responsabilidad de asumir y pagar las actividades y

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

obras de reparación sobre el Pondaje II-2, como pasivo ambiental rezagado de las contrataciones anteriores al contrato de concesión no. 344 de 2010.

Vigésimo cuarto. Acceder a la pretensión trigésima cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP ejecutó actividades y obras de reparación sobre el Pondaje II-2, a las que no se encontraba contractualmente obligada.

Vigésimo quinto. Acceder a la pretensión trigésima quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) a reconocer y pagar en favor de la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP la suma de \$422'330.116 por concepto de las actividades y obras de reparación ejecutadas en el Pondaje II-2, suma que se encuentra actualizada a la fecha del laudo.

Vigésimo sexto. Negar las demás pretensiones de la demanda principal reformada.

Respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada:

Vigésimo séptimo. Declarar probada la vigésima excepción denominada 'actos propios' formulada respecto de la pretensión quincuagésima novena de la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo octavo. Declarar probada la segunda excepción denominada 'inexistencia de incumplimientos por parte de CGR Doña Juana' en lo que se refiere a las pretensiones séptima, novena, trigésima quinta, trigésima séptima, trigésima novena y primera subsidiaria a la cuadragésima quinta principal, de la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo noveno. Declarar probada la trigésima tercera excepción denominada 'ausencia de perjuicio' formulada respecto de la pretensión novena de la demanda de reconvención formulada.

Trigésimo. Declarar probada la excepción trigésima novena denominada 'improcedencia de la acción resolutoria' planteada respecto de las pretensiones décima, duodécima, décimo cuarta, décima sexta, vigésima segunda, vigésima cuarta, vigésima sexta, vigésima octava, trigésima, trigésima segunda y trigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada.

Trigésimo primero. Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la convocada respecto de la demanda principal reformada (sic).

Trigésimo segundo. Acceder parcialmente a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada en el entendido de declarar que el plazo del contrato de concesión 344 de 2010 termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Trigésimo tercero. Acceder a la pretensión décima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 al no haber realizado el mantenimiento correctivo de los equipos del sistema de tratamiento de lixiviados del relleno sanitario Doña Juana, cuando estos queden fuera de servicios ni haber realizado los remplazos correspondientes.

Trigésimo cuarto. Acceder a la pretensión décima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 por no haber calibrado los equipos FT20, RXT2 y RXT3.

Trigésimo quinto. Acceder a la pretensión décima quinta de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 al haber cumplido parcialmente la obligación de realizar los contramuestreos para establecer el sistema de tratamiento de lixiviados y el cumplimiento de la normatividad de vertimientos.

Trigésimo sexto. Acceder a la pretensión segunda subsidiaria de la vigésima primera principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes dentro del relleno.

Trigésimo séptimo. Acceder a la pretensión vigésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 por almacenar lixiviados en la celda VI.

Trigésimo octavo. Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima quinta de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 por atender parcialmente las obligaciones relativas a las actividades de automatización y seguimiento en línea.

Trigésimo noveno. Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima séptima principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no culminar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal.

Cuadragésimo. Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima novena principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 por no haber realizado la reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica de la vía principal del relleno sanitario Doña

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Juana, que va desde la puerta de acceso hasta la zona actual de disposición.

Cuadragésimo primero. Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la trigésima primera principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no haber realizado el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales del relleno sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo segundo. Acceder a la pretensión trigésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no haber realizado las actividades de realce del dique ambiental definido en la Resolución CAR 1351 de 2014.

Cuadragésimo tercero. Acceder a la pretensión subsidiaria a la cuadragésima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no disponer de la totalidad de la maquinaria permanente para la operación del relleno.

Cuadragésimo cuarto. Acceder a la pretensión cuadragésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no remplazar la totalidad de la maquinaria permanente por maquinaria nueva con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año desde el momento en que debía realizar su remplazo.

Cuadragésimo quinto. Acceder parcialmente a la pretensión cuadragésima séptima de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no ha construir (sic) totalmente las obras necesarias y requeridas, no suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra, ni ejecutar totalmente las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post-cierre y clausura necesarias para la correcta administración y operación del relleno sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo sexto. Acceder parcialmente a la pretensión cuadragésima novena de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP incumplió la cláusula 2.32 del contrato de concesión no. 344 de 2010 al no hacer la previsión ordenada en el Artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, en el artículo 30 de la Resolución CRA 720 y en la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA, para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la clausura y posclausura del relleno sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo séptimo. Acceder a la pretensión quincuagésima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

ESP incumplió el contrato de concesión no. 344 de 2010 al no haber atendido los múltiples requerimientos de suministrar la información de los costos de la operación del relleno sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo octavo. *Acceder a la pretensión quincuagésima segunda de la demanda de reconvencción reformada y, en ese sentido, ordenar a Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP entregar la información sobre los costos de la operación del relleno sanitario Doña Juana, con sus soportes contables de los costos operativos en que haya incurrido durante el plazo de ejecución de la concesión al tiempo del laudo arbitral que ponga fin a la controversia. La información deberá ser dispuesta en un medio digital que garantice su integridad y acceso a la UAESP, la cual será entregada en un plazo de seis (6) meses a la ejecutoria del laudo.*

Cuadragésimo noveno. *Acceder parcialmente a la pretensión quincuagésima quinta de la demanda de reconvencción reformada y, en ese sentido, condenar a Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP a pagar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de \$4.132.626.984 por concepto de cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de los perjuicios derivados de la falta de mantenimiento de los pondajes durante los años 2019 y 2020.*

Quincuagésimo. *Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvencción reformada.*

Disposiciones comunes:

Quincuagésimo primero. *Abstenerse de proferir condena en costas.*

Quincuagésimo segundo. *Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.*

Quincuagésimo tercero. *Ordenar la expedición de copias de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.*

Quincuagésimo cuarto. *Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para su archivo” (índice 2 SAMAI – negrilla y subraya del documento original).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda arbitral

Mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2019 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad Centro

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP formuló demanda de controversias contractuales en contra de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) con el fin de que se accediera (índice 2 SAMAI), según el escrito de demanda reformada, a cuarenta y cuatro (44) pretensiones cuyo objetivo principal era que se declarara que la tarifa del contrato de concesión no. 344 de 2010 suscrito entre las partes -en los componentes de disposición de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados- resultó insuficiente durante los períodos comprendidos entre el 16 de diciembre de 2010 y la expedición de la Resolución 720 de 2015; así como también, entre este último acto administrativo y la Resolución 843 de 2018, proferidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)¹.

Como fundamento fáctico de las súplicas, la parte convocante afirmó que el 24 de septiembre de 2010 suscribió con la UAESP el contrato de concesión no. 344 cuyo objeto consistió en la administración, operación y mantenimiento integral del relleno sanitario Doña Juana situado en la ciudad de Bogotá; agregó que la ejecución contractual permitió advertir que la fórmula de remuneración de las actividades de disposición de residuos sólidos y de tratamiento de lixiviados, conforme al esquema tarifario fijado por la UAESP, resultó insuficiente.

2. Contestación de la demanda y demanda de reconvenición

La UAESP se opuso a las pretensiones de la demanda (índice 2 SAMAI) para lo cual propuso cuarenta (40) excepciones, de las cuales se destacan, entre otras, las siguientes: i) *“falta de competencia absoluta del Tribunal para pronunciarse frente a supuestos que originan la insuficiencia tarifaria y sus consecuencias”*; ii) *“la controversia de los costos reclamados corresponden a un supuestos de insuficiencia tarifaria”*; iii) *“no es imputable a la UAESP la insuficiencia tarifaria*

¹ En la cláusula trigésima novena del contrato se pactó lo siguiente: *“En caso que las partes no se pongan de acuerdo sobre las controversias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, acuerdan que esas controversias se resolverán por un Tribunal de Arbitramento el cual tendrá como sede de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en todos sus aspectos se regirá por la normatividad aplicable al mismo. Este Tribunal se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.
2. El Tribunal decidirá en derecho” (índice 2 SAMAI).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

que presuntamente sufrió el contratista”; iv) “inexistencia de daño resarcible; v) improcedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual. Inexistencia de la relación causal”; vi) “el Tribunal no es competente para definir un costo eficiente hipotético por los daños anteriores a la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018”; vii) “buena fe” y, viii) “no puede el convocante actualizar sus reclamaciones bajo el WAAC definido por el regulador”.

Además, la entidad convocada presentó demanda de reconvención mediante la cual solicitó que se declarara el incumplimiento imputable a la sociedad convocante del contrato de concesión no. 344 de 2010 por la desatención de varias obligaciones, entre las cuales se indicaron las de falta de optimización del sistema de tratamiento de lixiviados, desconocimiento de las normas sobre vertimientos exigibles para el tratamiento de lixiviados, falta de control de brotes y derrames de lixiviados, no contar con disponibilidad de plantas eléctricas de respaldo de circuitos eléctricos preferenciales para el sistema de tratamiento de lixiviados, ausencia de mantenimiento del sistema de tratamiento de lixiviados y no contar con la certificación metrológica actualizada y contar con los controladores automatizados para el sistema de monitoreo y control en línea del sistema de tratamiento de lixiviados.

3. El laudo arbitral

El 11 de abril de 2023, el tribunal arbitral decidió de fondo la controversia, accedió parcialmente a las súplicas elevadas por la parte convocante (demandada en reconvención) y la convocada (demandante en reconvención) (índice 2 SAMAI) con fundamento, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

1) El cálculo realizado por EConcept, firma que elaboró el dictámen pericial económico aportado por la sociedad convocante, el cual se acoge, resarce, hasta donde quedó probado, el desequilibrio contractual proveniente de los nuevos requerimientos ambientales establecidos por la Resolución CAR 1351 de 2014 y de la aplicación de los costos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015, hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 831 de 2018, pues, a partir de entonces el concesionario comenzó a percibir una tarifa contractual suficiente.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

De modo que, la tarifa del contrato para el componente de disposición de residuos sólidos, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con apoyo en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al contratista la recuperación de los costos y gastos y remunerar a los accionistas y, por tanto, al establecer esta tarifa insuficiente, la UAESP incumplió la ley y el contrato.

2) A idéntica conclusión se arriba en relación con las pretensiones relacionadas con la alegada insuficiencia tarifaria para las actividades de tratamiento de lixiviados, esto es, que el contrato se desequilibró económica y financieramente por cuenta de la insuficiencia tarifaria, aspecto que fue corregido con la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018.

3) *“Finalmente, el perito de contradicción señala que la nueva tarifa de la Resolución 843 de 2018, incorpora la tarifa de CPC, por lo que, en su entender, dada la ‘no retroactividad’ de la mencionada Resolución, dicho concepto sí estaría cubierto. Este argumento, sin embargo, no es de recibo, **como quiera que el hecho de que la Resolución CRA 843 de 2018 tuviera solamente efectos hacia el futuro y no retroactivos, es lo que hace que una insuficiencia previa de la tarifa no quede remunerada con la aplicación de esta nueva regulación**”* (pág 288 – índice 2 SAMAI).

4) En cuanto a la demanda de reconvención reformada, fue acreditado el incumplimiento del concesionario respecto de las siguientes obligaciones: *i)* sistema de redundancia eléctrica, *ii)* calibración de equipos y certificación metrológica; *iii)* mantenimiento de pondajes; *iv)* estabilización del talud; *v)* mantenimiento de la vía principal de acceso al relleno sanitario; *vi)* instalaciones de señales verticales y horizontales; *vii)* realce del dique ambiental; *viii)* disposición de maquinaria de manera permanente; *ix)* actividades de cierre, poscierre y clausura; *x)* provisión de recursos de actividades de clausura y posclausura y, *xi)* información sobre los costos de operación.

No obstante lo anterior, los perjuicios reclamados son puramente eventuales e hipotéticos por lo cual no es posible impartir condena en concreto en contra del

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

concesionario, salvo en lo que tiene que ver con la obligación del mantenimiento de los pondajes dejados de realizar durante los años 2019 y 2020, circunstancia por la cual es procedente hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato, de forma proporcional, en contra de la sociedad contratista.

4. Los recursos extraordinarios de anulación

4.1 Recurso de la parte convocante -demandada en reconvenición- CGR SA ESP

La censura en contra del laudo arbitral se fundamenta en las causales contenidas en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y está soportada (índice 2, archivo 307 SAMAI) en el siguiente razonamiento²:

1) *Primer cargo*: causal contenida en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: *“haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*.

Las razones de la impugnación son las siguientes:

a) El tribunal arbitral decidió en conciencia las pretensiones cuadragésima de la demanda reformada y segunda de la demanda de reconvenición reformada, atinentes al plazo del contrato, pues, los árbitros no resolvieron la controversia con base en pruebas que fundaran objetivamente la decisión; el tribunal *“descartó aquellas [pruebas] que daban cuenta de los actos propios de la UAESP que eran completamente contradictorios e inconsistentes con pretender que un Tribunal de Arbitramento declarara el incumplimiento ‘contractual’ por normas y conductas que la misma entidad había aceptado que su control y vigilancia eran competencia de otra autoridad”* (índice 2 SAMAI).

b) En la demanda reformada la sociedad CGR SA ESP solicitó al tribunal definir cuál era el plazo del contrato, ya que durante la ejecución las partes tuvieron dos

² Se verifica que el recurso fue oportuno, toda vez que se promovió el 5 de junio de 2023, esto es, dentro de los 30 días siguientes al 21 de abril de 2023, fecha de la audiencia en la cual se corrigió el laudo atacado de fecha 11 de los mismos mes y año (índices 2 y 4 SAMAI).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

interpretaciones sobre la vigencia del mismo: *i)* para el concesionario el plazo del contrato era indeterminado y, por tanto, podía ampliarse siempre y cuando se extendiera la licencia ambiental; en consecuencia, la duración del negocio jurídico estaba supeditada a la posibilidad de modificar la Resolución CAR 1351 de 2014 y, *ii)* la UAESP, por su parte, consideró que el plazo solo podía ampliarse en una ocasión, lo cual ocurrió en la reforma de la licencia ambiental realizada mediante la Resolución CAR 1351 de 2014, por lo cual el contrato finalizaba una vez cumplida la capacidad máxima autorizada en dicho acto.

Por consiguiente, *i)* el laudo, erróneamente, se fundamentó en el modelo financiero de la licitación adelantada para celebrar el contrato; *ii)* el contrato indicaba que se ejecutaría en la totalidad de los predios en el que está el relleno sanitario y, por ende, que la licencia se podía ampliar más allá de los límites permitidos en la resolución de 2014 y, *iii)* el tribunal ignoró la conducta de las partes, por manera que el laudo fue proferido en conciencia y no en derecho.

2) *Segundo cargo*: causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: *“la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”*.

Los fundamentos de esta otra causal invocada son estos:

a) El tribunal arbitral carecía de competencia para conocer y decidir las pretensiones cuadragésima novena y quincuagésima de la demanda de reconvencción reformada³, puesto que el cumplimiento de las normas a las que hizo alusión la UAESP en dichas súplicas se encuentra sometido a la vigilancia y

³ *“CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. ESP incumplió el numeral 32 de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010, por no cumplir con la provisión ordenada en el Artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, el Artículo 30 de la Resolución CRA 720 y la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA, para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la Clausura y posclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.*

QUINCUAGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN, se ordene de forma inmediata la consignación de la suma de TREINTA DOS MIL SETESCIENTOS CINCUENTA NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (COP \$ 32.759.142.642), con corte a la facturación del 31 de enero de 2021, o al mayor valor que deba ser provisionado en las cuentas creadas por la Fiduciaria para depositar y mantener la provisión de los recursos de la clausura y postclausura del Relleno Sanitario Doña Juana”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo cual estaban excluidas de la competencia arbitral.

En efecto, el cumplimiento de la normativa atinente a la provisión para las actividades de clausura y posclausura del relleno sanitario son aspectos que, de acuerdo con la ley, se encuentran expresamente sometidos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, razón por la cual el tribunal arbitral no era competente para decidir sobre el supuesto incumplimiento de las normas a las que hizo alusión la UAESP.

b) No existía ninguna controversia entre las partes, debido a que la UAESP archivó la investigación que adelantaba respecto de la provisión de los recursos de clausura y posclausura y, además, la remitió a la SSPD para que decidiera lo correspondiente, de modo que con el archivo de la actuación, la remisión a la Superintendencia y la decisión adoptada por este ente de control se zanjó toda discusión entre las partes y, por lo tanto, la controversia quedó por fuera de la órbita de competencia del Tribunal Arbitral; esta decisión fue adoptada por la SSPD en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control y no ha sido cuestionada ni demandada, por lo que se encuentra en firme y produciendo plenos efectos.

4.2 Recurso de la parte convocada -demandante en reconvenición- UAESP

El recurso extraordinario de anulación se fundamenta en la causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: “2. *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”⁴ (índice 2, archivo 308 SAMAI).

Cargo único: causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: “*la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”.

⁴ Se verifica, igualmente, que el recurso fue presentado de manera oportuna, dado que se promovió el 5 de junio de 2023, esto es, dentro de los 30 días siguientes al 21 de abril de 2023, fecha de la audiencia en la cual se corrigió el laudo atacado de fecha 11 de los mismos mes y año (índices 2 y 4 SAMAI).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Los fundamentos de la causal invocada son los siguientes:

a) La insuficiencia financiera como criterio de la fórmula de las tarifas de servicios públicos domiciliarios establecidas por las Comisiones de Regulación no es un asunto transigible y, en tal virtud, las partes no pueden habilitar el conocimiento de las controversias relativas a ella a un tribunal de arbitraje.

En el presente caso, el tribunal arbitral de manera expresa declaró, en múltiples apartes del laudo, que no era competente para conocer y decidir las tarifas relativas a aspectos regulatorios, específicamente indicó que no estaba resolviendo una controversia frente a la suficiencia financiera de la tarifa, sino, que se trataba de la evaluación de una tarifa contractual y, por tanto, estimó que sí era competente para pronunciarse sobre las pretensiones relativas a la insuficiencia financiera de la tarifa que se aplicó para los residuos sólidos y para el tratamiento de lixiviados.

b) De acuerdo con el principio de arbitrabilidad objetiva, la competencia de los árbitros se encuentra excluida de aquellos asuntos en los que no se tiene poder de disposición, bien sea porque no se es titular del derecho o interés particular, o porque corresponden a cuestiones no transigibles o renunciables; igualmente, se limita la competencia del tribunal arbitral en materias reservadas a la jurisdicción del Estado (control de legalidad de actos administrativos y obligaciones relacionadas con el orden público).

c) Revisados los presupuestos de la cláusula séptima del contrato de concesión no. 344 de 2010 se tiene que la tarifa fijada no cumple con los requisitos necesarios para considerarse como de naturaleza contractual de conformidad con lo previsto en el párrafo 1º de la Ley 142 de 1994, pues: *i)* la tarifa no fue fijada por la sociedad oferente y contratista; *ii)* la tarifa fue una incorporación al pliego de condiciones realizada por la UAESP con fundamento en la Resolución CRA 351 de 2005 y no existió ofrecimiento y/o aplicación de fórmula construida por el oferente y, *iii)* de acuerdo con el pliego de condiciones, el proponente solo podía ofrecer un descuento sobre la tarifa, pero, ese descuento no modificaba, en modo alguno, la naturaleza de la tarifa en cuestión.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

d) De otra parte, los árbitros fallaron sin competencia por desconocer la cosa juzgada contenida en el laudo del 27 de septiembre de 2018, dado que en ambos procesos se resolvió sobre la misma relación jurídica, esto es, acerca de la optimización de la planta de lixiviados.

En efecto, *“se tiene que en el laudo de 2018 se discutieron, analizaron y juzgaron todos los asuntos tendientes a determinar la existencia de la obligación de optimización del sistema de tratamiento de lixiviados por parte de la sociedad CGR SA ESP, concluyéndose su existencia y por ende, afirmándose la obligación y los derechos inherentes a la misma, mientras que, en el Laudo de 2023, a pesar de la diferencia en la estructuración de las pretensiones, se evidencia que nuevamente se discutieron, analizaron y juzgaron los mismos asuntos relacionados con la obligación de optimización del sistema de tratamiento de lixiviados por parte de la CGR, concluyéndose la nulidad de la cláusula que la contiene, lo cual controvierte la decisión del Laudo de 2018 respecto a la existencia de la obligación, haciendo nugatorios los derechos reconocidos en la decisión anterior”* (índice 2, archivo 308 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Corresponde a la Sala determinar, con sujeción estricta a los recursos interpuestos, si el laudo arbitral (i) fue proferido en conciencia o en equidad y/o (ii) si se adoptaron decisiones con ausencia de jurisdicción o de competencia.

En primer lugar, la Sala declarará infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad contratista-convocante CGR SA ESP, toda vez que no se acreditó la configuración de las causales alegadas; de otra parte, en relación con el recurso presentado por la UAESP, la Sala lo declarará parcialmente fundado en tanto se estableció que la tarifa del contrato de concesión no. 344 de 2010 era de carácter regulado y, por lo tanto, no era un litigio susceptible de arbitraje, por manera que anulará parcialmente el laudo objeto de censura por falta de jurisdicción y de competencia de los árbitros.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Las consideraciones se desarrollarán en dos partes, en la primera, se analizarán los aspectos generales relativos a las limitadas posibilidades para impugnar las decisiones arbitrales y, en la segunda, se resolverán los cargos concretos de cara a las posibilidades que el recurso permite.

2. El recurso extraordinario de anulación y su alcance

El artículo 116 superior⁵ prevé la posibilidad de que los particulares ejerzan *pro tempore* la administración de justicia, con la habilitación que para ello les otorguen las partes de un conflicto a través de la conformación de tribunales de arbitraje en los términos regulados en la ley; la decisión que adoptan constituye una verdadera decisión judicial.

La regulación de la actividad arbitral quedó asignada al legislador que, históricamente, ha determinado precisas y taxativas causales para la procedencia del recurso de anulación sobre la consideración de que el fallo arbitral es una auténtica decisión judicial dictada por particulares que ejercen, en forma transitoria, jurisdicción, en tal virtud, goza de las características de inmutabilidad y ejecutoriedad.

Por ende, la posibilidad de controvertir las decisiones arbitrales mediante el recurso extraordinario de anulación no constituye una instancia adicional, en el entendido de que el juez contencioso administrativo no funge como superior de los árbitros, sino que, le corresponde efectuar un control fundado en la verificación del acatamiento de las causales precisas.

Así, el recurso se estudia y decide con sujeción a los puntuales argumentos de las partes, sin invadir la órbita de independencia y autonomía del tribunal arbitral; la función del juez de la anulación no es otra que detectar posibles falencias procedimentales -en la mayoría de los eventos- o sustanciales -en algunos

⁵ Constitución Política de Colombia, “Artículo 116 (...). Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

específicos eventos restringidos señalados por el legislador- y, eventualmente, suplirlas en los casos expresamente autorizados por la ley.

En esa perspectiva, la Corporación ha precisado, reiteradamente, que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia, de ahí que no sea admisible que con su interposición se intente continuar, reabrir o replantear el debate sobre el fondo del proceso originalmente propuesto y decidido.

3. Decisión del recurso interpuesto por la sociedad convocante CGR SA ESP (convocada en reconvencción)

3.1 Primer cargo de anulación: causal contenida en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: *“haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*

1) El fallo en conciencia se identifica con el brocardo *“ex equo et bono”* porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de *“lo correcto o lo bueno”* en términos de verdad sabida y buena fe guardada o, según el leal saber y entender; en otros términos, la causal del fallo en conciencia o en equidad opera cuando el tribunal arbitral profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio.

2) En cuanto atañe específicamente a la configuración del fallo en conciencia esta Sala en reciente pronunciamiento precisó: *“puede declararse fundada cuando se verifique uno de los tres siguientes supuestos: (1) cuando el Laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho; (2) cuando la decisión se haya tomado con ausencia de fundamento jurídico o cuando la fundamentación jurídica presentada por el Panel Arbitral no sustente lógicamente la decisión, y (3) cuando en esta se observe una total ausencia de un análisis probatorio o cuando el Laudo haga referencia a pruebas que no fundamenten objetivamente la decisión”*⁶.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2022, exp. 67.069, MP Alberto Montaña Plata.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

3) Ahora bien, la misma ley le impone al juez del recurso abstenerse de calificar el análisis de fondo de la controversia lo cual le impide revisar los razonamientos jurídicos del tribunal de arbitraje para dilucidar si son o no errados; en ese sentido el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 prevé: *“la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”*.

4) Sobre este punto se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en la siguiente dirección⁷:

“El fallo en conciencia imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad (...). La Sala ha precisado que (...) si el juez adquiere la certeza que requiere 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 todos⁸.

Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros in procedendo y no in iudicando⁹.

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error in iudicando sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario (...).

Se configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso¹⁰.

La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en el fallo hace procedente la causal, porque el juicio de anulación no supone una

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de abril de 2018, exp. N° 59270, MP Guillermo Sánchez Luque.

⁸ Nota del original. “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695 (fundamento jurídico b)”.

⁹ Nota del original. “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591 (fundamento jurídico consideraciones); y de 16 de junio de 2008, Rad. 34.543 (fundamento jurídico 3.1.2)”.

¹⁰ Nota del original. “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887 (fundamento jurídico 3.1)”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto¹¹
 (resalta la Sala).

De igual manera, la jurisprudencia ha precisado¹²:

“No corresponde a esta causal de anulación, la deficiente valoración que de las pruebas realice el juzgador¹³, por cuanto ‘(n)o se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere¹⁴ (...).

*La Sala, recientemente, analizó los criterios jurisprudenciales sobre el fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012 y al respecto, concluyó que se da la configuración del mismo en los siguientes términos (...). **(a) Que el fallo no se fundamente en el derecho positivo y vigente (en términos actuales, que el laudo no sea en derecho)** (...) debe entenderse que un laudo es en derecho cuando se apoya en las mismas fuentes jurídicas que todo juez utiliza para juzgar las controversias que conoce, sin que estas se entiendan circunscritas al derecho legislado, de acuerdo al sentido amplio que le dio la jurisprudencia en su momento. En conclusión, los árbitros podrán apoyarse en todas las fuentes del derecho como lo hace cualquier juez en su actividad judicial para que su decisión sea considerada en derecho (...) vale reiterar la precisión que la jurisprudencia ha hecho en relación con las fuentes del derecho, en tanto la mínima referencia que se haga de ellas permite predicar un arbitraje en derecho, siempre que ese mínimo esté conectado con el sentido de la decisión, hasta el punto que no pueda calificarse como absolutamente descontextualizada o con el simple propósito de dar apariencia de ser una decisión en derecho (...) (d) Que el fallo no considere las pruebas. Este criterio, al igual que el que exige que el arbitraje sea en derecho, es parte de la definición pacífica que ha construido la jurisprudencia sobre lo que es un laudo en conciencia, es decir, aquel que se profiere con total desprendimiento de los fundamentos jurídicos y probatorios. En esta oportunidad, la Sala reiterará lo dicho por la Corporación, para lo cual remite al desarrollo que sobre este criterio se hizo, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si no hay fundamento probatorio o sin justificación se*

¹¹ Nota del original. “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 (fundamento jurídico c)”.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de marzo de 2018, exp. 59836, MP Danilo Rojas Betancourth.

¹³ Nota del original. “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 17797, MP María Elena Giraldo Gómez”.

¹⁴ Nota transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, MP Enrique Gil Botero”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

desconoce o se aparta de las pruebas se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros’.

Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio”¹⁵ (negritas de la Sala).

5) La misma ley le impone al juez del recurso abstenerse de calificar el análisis de fondo de la controversia, lo cual le impide revisar los razonamientos jurídicos del tribunal de arbitraje para dilucidar si son o no errados, tanto así que el inciso cuarto del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 dispone: *“La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”.*

6) En este caso concreto, la sociedad recurrente sostiene que las pruebas no soportan objetivamente la decisión; por su parte, la UAESP se opuso porque la decisión arbitral contiene un extenso análisis probatorio realizado con base en las reglas de la sana crítica que incluye las comunicaciones y las remisiones que se alega no fueron tenidas en cuenta; a su turno, el Ministerio Público conceptuó que el recurso es improcedente, pues, la sociedad recurrente persigue revivir el debate probatorio y jurídico.

Como se analiza a continuación, ninguno de los dos argumentos alegado por CGR SA ESP estructuran la causal de anulación.

7) En primer lugar, los árbitros sí tuvieron en cuenta la comunicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) y, por consiguiente, discutir y disentir de la interpretación que los árbitros hicieron de ese documento escapa del alcance del recurso de anulación; al respecto, el panel arbitral indicó lo siguiente:

“Ahora bien, el Concesionario manifiesta que la SSPD en comunicación del 8 de marzo de 2022 (i) avaló la ejecución de recursos por parte del Concesionario en las actividades de cierre, clausura y

¹⁵ Nota del original. “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, expediente 55.852, MP Ramiro Pazos Guerrero”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

posclausura y que (ii) estableció que los recursos sólo debían provisionarse en el encargo fiduciario a partir del mes de enero de 2023. Sin embargo, el Tribunal encuentra que lo mencionado por el Concesionario no es cierto.

En primer lugar, porque si bien la SSPD señala que ‘en conclusión, el prestador de la revisión de las facturas allegadas para una muestra de las obras ejecutadas soportó que los informes de visita presentan datos verificables y que el prestador invirtió un mayor valor en estas actividades que el que se debe destinar en la fiducia para estas mismas actividades, por lo tanto no hay valores sobrantes en la fiducia correspondiente’, no resulta claro que ello corresponda necesariamente a los recursos de clausura y posclausura que deben ser provisionados en el encargo fiduciario.

Esto es así, en tanto que esta conclusión se deriva de las ‘tablas 3-5 a 3-8’ contenidas en la mentada comunicación las cuales hacen referencia a las “cantidades y costos para cierre” para (i) Zona de Contingencia Biosólidos, 2017; (ii) Zona de Optimización Fase I - Reconformación de taludes, 2018; (iii) Zona de Contingencia Biosólidos, 2019 y (iv) Zona de Contingencia Biosólidos enero – diciembre 2020.

Se trata pues de cantidades y costos sólo para el cierre de la Zona de Contingencia de Biosólidos, y la Zona de Optimización Fase I, que no de recursos destinados a las actividades de clausura y posclausura. Además, si bien es cierto para el año 2020 la SSPD (tabla 3-8) señala que se efectuó la comprobación de los costos y que “les sobran recursos gastados”, para otros años y zonas, por ejemplo, se señala por la SSPD que “las facturas soportan el 74% de los costos solicitados” y que “las facturas soportan el 97% de los costos solicitados”, de manera que de lo expresado por la SSPD no se puede derivar el cumplimiento de la obligación de mantener la provisión de recursos del Concesionario para las actividades de clausura y posclausura.

Más aún, no se puede perder de vista que la SSPD en la misma comunicación requirió que se hicieran las provisiones pendientes. Veamos:

‘En este orden de ideas y con el propósito de tener claridad sobre cuales actividades de posclausura no cuentan actualmente con una financiación a través del vehículo de la fiducia, la Superservicios recibió respuesta de la Comisión de Regulación de Agua Potable mediante oficio SSPD No. 20225290308102 del 27 de enero de 2022, donde la CRA se pronunció sobre “qué actividades dentro del cierre, clausura y posclausura del sitio de disposición final Doña Juana se remuneran vía tarifa al prestador CGR Doña Juana S.A. ESP, conforme a los costos particulares CDF_PCRSDJ y CTLM_PCRSDJ aprobados en los artículos 1 y 2 de la Resolución particular CRA 843 de 2018”.

(...)

Al respecto, la Superservicios solicita que provisione en la fiducia los recursos necesarios para garantizar todas las actividades de posclausura detalladas por la CRA en el radicado SSPD No. 20225290308102 del 27 de enero de 2022 y transcritas en este aparte de observaciones, para lo cual deberá remitir un informe de la provisión

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

de estos recursos en la fiducia a partir del año 2023 de manera semestral'.

Como se puede ver, la comunicación en cita no señala en momento alguno que la provisión de recursos en el encargo fiduciario debiera hacerse sólo a partir del año 2023, sino que hace hincapié en la existencia de actividades que para esa fecha no contaban “con financiación a través del vehículo de la fiducia”, razón por la cual se exige a CGR provisionar los recursos respectivos conforme a lo indicado por la CRA, y como consecuencia de ello, remitir un informe semestral sobre la provisión de estos recursos, lo que es distinto de decir que la SSPD estableció que la provisión sólo era obligatoria desde el año 2023, pues para el Tribunal, vista la citada comunicación, no fue eso lo que expresó la Superintendencia” (páginas 1191 y 1192 del laudo).

En segundo término, el contratista CGR SA ESP discute la competencia del panel arbitral, lo cual desborda la causal de anulación de fallo en conciencia; en todo caso, el tribunal sí tuvo en cuenta la remisión de la investigación que la UAESP hizo a la SSPD dado que, luego de citar la Resolución no. 671 de 2019, concluyó que *“el archivo de la actuación sancionatoria (...) obedeció a que la Interventoría en la comunicación que solicitó el inicio del proceso sancionatorio contra el Concesionario por el incumplimiento de la obligación relativa a la provisión de recursos no hizo referencia a ninguna estipulación del Contrato, sino solo a disposiciones regulatorias”* (página 1185 del laudo).

8) En la demanda reformada, el CGR solicitó al tribunal definir cuál era el plazo del contrato de concesión no. 344 de 2010, porque durante la ejecución las partes tuvieron dos interpretaciones sobre la duración del negocio jurídico, tal como se explicó en los antecedentes de esta providencia:

a) En la cláusula sexta del contrato, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA SEXTA - PLAZO DE LA CONCESIÓN: El plazo del contrato de concesión resultante del presente proceso de selección, iniciará una vez se suscriba el acta de iniciación previa aprobación de las garantías establecidas en el contrato y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de legalización del contrato. El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso. En el evento en que no se otorgue la modificación a la Licencia actualmente vigente, la Concesión terminará cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada. La capacidad de residuos sólidos que se usará para tal efecto, corresponde a la capacidad licenciada que encuentre el operador seleccionado a la fecha de inicio de sus labores y a la capacidad adicional que a través de una ampliación o modificación de

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

la licencia ambiental actual logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto por la UAESP, en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente. Este trámite deberá ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo.

La capacidad actualmente licenciada por la Corporación Autónoma Regional CAR corresponde a 8.400.964 m³ con corte a 31 de Octubre de 2009. La zona adicional a ser desarrollada corresponde a la Zona de Optimización Fase II, la cual en estimaciones preliminares de la UAESP a ser ajustadas por el operador a su cuenta y riesgo para todo lo relacionado con su oferta, corresponde a 10.192.674 m³. La suma de las anteriores capacidades, en estimaciones de la UAESP permite una operación de once años. Este valor puede variar y no genera ninguna responsabilidad con cargo a la UAESP” (índice 2 SAMAI).

b) El concesionario CGR SA ESP afirmó que el plazo del contrato era indeterminado y podía ampliarse siempre que se modificara la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR no. 1351 de 2014; la UAESP, por su parte, consideró que el plazo solo podía ampliarse en una ocasión, lo cual ocurrió en la reforma de la licencia ambiental realizada mediante la Resolución CAR 1351 de 2014, de allí que el contrato finalizaba una vez cumplida la capacidad máxima autorizada en dicho acto administrativo.

c) Los árbitros concluyeron que el contrato finalizaría cuando “*se cope la capacidad licenciada a través de la Resolución CAR 1351 de 2014*”; para llegar a esta conclusión desarrollaron un extenso análisis (páginas 631 a 727 del laudo) del cual se destacan los siguientes aspectos: (i) plantearon la necesidad de interpretar el contrato; (ii) estudiaron los principales documentos precontractuales; (iii) hicieron una interpretación integral del contrato, a partir de la cual establecieron que la intención inicial de las partes era clara, esto es, que únicamente se podría ampliar el plazo del contrato para adicionar la capacidad de la Zona de Optimización Fase II y, (iv) indicaron que si bien hubo actos posteriores en los que la UAESP entendió que el plazo podía ampliarse, ello no podía cambiar el alcance de lo inicialmente pactado entre las partes.

Es particularmente relevante advertir que, como fundamento de su interpretación, los árbitros acudieron a los documentos precontractuales (pliegos de condiciones) y las estipulaciones del negocio jurídico, en concordancia con las normas de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil, tanto así que el panel arbitral

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

afirmó que debía dar aplicación al artículo 1622 del Código Civil referente a la interpretación sistemática del negocio jurídico.

El tribunal tuvo en cuenta que, por solicitud de la UAESP, el 19 de diciembre de 2018 un asesor emitió un concepto en el que se indicó que la interpretación correcta del contrato permitía adicionar *'el objeto del contrato más allá de lo que la referida Fase II'*, documento que fue acogido por la Subdirección de Asuntos Legales de la UAESP y, con base en el mismo, las partes suscribieron el Otrosí no. 4.

A pesar de los anteriores documentos, el tribunal arbitral analizó si *'el acogimiento del concepto por parte de la Subdirección de Asuntos Legales de la UAESP y la incorporación de este en un considerando de una modificación contractual, constituyen una interpretación o una modificación del Contrato y si ello resulta posible jurídicamente dentro del marco normativo de la contratación estatal'* (página 709 del laudo); los árbitros concluyeron que no podía ser una interpretación del contrato porque su alcance inicial era claro.

En consecuencia, el panel arbitral indicó que la actuación de la UAEPS podía ser analizada desde la óptica de una modificación contractual, pero, entender que se estaba en presencia de la misma no sería viable ya que esa circunstancia no superaría un examen de eficacia y de validez, dado que (i) no se cumplió con la solemnidad de elevar el cambio por escrito como exige el artículo 39 de la Ley 80 y, además, la cláusula de interpretación unilateral del artículo 15 de la Ley 80 no permite modificar el alcance del contrato; (ii) violaría los principios de libre competencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia porque extendería la licitación más allá de las condiciones establecidas en la fase precontractual y, (iii) vulneraría el principio de buena fe consagrado en los artículos 1603 del Código de Civil y 871 del Código de Comercio.

d) El concesionario considera que la anterior decisión configura la causal 7 de anulación, sobre laudo en conciencia, porque, en su criterio, los documentos no sustentan objetivamente la decisión arbitral en tanto que (i) el laudo, erróneamente, se fundamentó en el modelo financiero de la licitación adelantada

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

para celebrar el contrato; (ii) el contrato indicaba que se ejecutaría en la totalidad de los predios en el que está el relleno sanitario y, por ende, la licencia se podía ampliar más allá de los límites permitidos en la resolución de 2014 y, (iii) el tribunal ignoró la conducta de las partes.

Agrega la sociedad recurrente que el tribunal arbitral dejó de lado el derecho positivo, toda vez que los árbitros ignoraron los artículos 1618 y 1624 del Código Civil y el artículo 83 de la Constitución que consagra el principio de buena fe.

Finalmente, aduce la sociedad convocante que los árbitros aplicaron normas, principios y disposiciones que no eran aplicables al caso concreto, tales como (i) el artículo 39 de la Ley 80 de 1993; (ii) los principios de libre concurrencia, trato igualitario, imparcialidad, prevalencia de interés general y transparencia y, (iii) los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

e) Por su parte, la UAESP se opuso al recurso de la convocante, con fundamento en que lo que pretende el recurrente es discutir la valoración probatoria; adujo que la sociedad CGR cita algunas de las normas que convienen a su postura, sin tener en cuenta el sistema de interpretación de las normas jurídicas que fue aplicado correctamente por los árbitros.

f) En su concepto, el Ministerio Público pidió resolver desfavorablemente el cargo de anulación, porque se pretende discutir la valoración probatoria y la interpretación de normas realizada por el tribunal.

g) La Sala negará la procedencia de este cargo porque es claro que se pretende discutir la interpretación y examen jurídicos que hicieron los árbitros para resolver la controversia.

9) Al respecto, la Sala pone de presente lo siguiente:

a) En primer lugar, la decisión se fundamentó en los documentos precontractuales, en el contrato y en las comunicaciones surtidas entre las partes, de allí que no es válido afirmar que el laudo exponga conclusiones sin respaldo probatorio en los asuntos indicados por el concesionario; el concesionario

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

pretende con su recurso cuestionar las conclusiones del tribunal respecto de los documentos contractuales, lo cual no es constitutivo de un fallo en conciencia, sino, de un debate sobre la valoración probatoria que escapa de la órbita del recurso la anulación.

b) La sociedad CGR SA ESP alega que en el laudo se afirma, erróneamente, que el modelo financiero de la licitación adelantada para celebrar el contrato no preveía posibles modificaciones de la licencia ambiental diferentes a la de la Zona de Optimización Fase II y, además, que no fue entregado al contratista; este reparo en realidad pretende discutir la interpretación de una de las pruebas, lo cual no corresponde al juez de anulación y, en todo caso, ignora que el modelo no fue el único documento precontractual considerado por el tribunal para adoptar su postura, dado que para analizar la actuación precontractual, el tribunal arbitral tuvo en cuenta, además, el pliego de condiciones; varias preguntas y respuestas presentadas durante el proceso de selección y la oferta presentada por CGR.

c) La Sala destaca que los árbitros sí examinaron y valoraron las estipulaciones contractuales en las que se basó el concesionario para sostener su postura jurídica (páginas 678 a 700 del laudo), es decir, estudiaron los elementos relacionados con cuál era la zona que comprendía la concesión, por manera que la recurrente cuestiona las conclusiones de la interpretación del contrato realizada por los árbitros, lo cual no es posible en sede de anulación.

d) El concesionario (recurrente) aduce que la decisión del tribunal ignoró la conducta de las partes, pues, durante la ejecución del contrato la UAESP reconoció que su plazo podía ampliarse si se lograba modificar la licencia ambiental; los árbitros tuvieron en cuenta las pruebas sobre la conducta de las partes (páginas 705 a 708 del laudo) y concluyeron que esa conducta de la entidad convocada no modificó el contrato de concesión, de allí que la omisión que alega el recurrente no existió y que lo que se pretende es discutir la valoración jurídica hecha por los árbitros.

Adicionalmente, la recurrente afirma que tribunal arbitral dejó de lado el derecho positivo; sin embargo, en este caso, no se alega la carencia de fundamento

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

jurídico ni que los supuestos de la controversia no puedan subsumirse en las consideraciones del tribunal¹⁶.

e) Finalmente, CGR SA ESP sostiene que los árbitros acudieron a normas, principios y disposiciones no aplicables al caso concreto; no obstante, este reparo tampoco prospera, porque el recurso es contradictorio cuando indica que los hechos del caso no se subsumen en el principio de la buena fe, debido a que no es factible afirmar que dicho principio debía tenerse en cuenta en el caso con base en una norma constitucional (artículo 83 de la Carta Política), para después indicar que la buena fe contractual no es aplicable en el caso concreto (y que por ende tampoco lo son los artículos 1603 y 871 del Código de Comercio). Al margen de que se comparta la aplicación que hicieron los árbitros, la buena fe contractual es una consagración legal del principio de buena fe constitucional.

f) Adicionalmente, la indebida aplicación de normas a un caso no configura la causal de anulación ya que, un asunto es que el laudo contenga una argumentación jurídica aparente, porque las normas citadas no tengan relación con el caso concreto y, otra, muy distinta, es que se pretenda discutir la aplicación de una normativa al asunto objeto de análisis; esto segundo es justamente lo que persigue la sociedad recurrente, en tanto que los árbitros consideraron necesario aplicar el artículo 39 de la Ley 80 y los principios de contratación estatal para interpretar si el otrosí número 2 implicó una modificación válida del alcance inicial del contrato y, por tanto, con independencia de que el juez de la anulación comparta esa argumentación, es claro que la indebida subsunción de una norma a un caso comporta una controversia de carácter jurídico, motivo por el cual el recurrente lo que realmente persigue es controvertir los criterios interpretativos empleados por el tribunal para la adopción de la decisión ahora objeto de impugnación extraordinaria.

¹⁶ La Subsección ha indicado que el laudo carece de fundamento jurídico, en las siguientes circunstancias: "(...) no es suficiente con que el laudo haga una simple referencia a una norma constitucional o legal vigente para catalogar a la providencia como sujeta a derecho, sino que los supuestos fácticos del caso bajo estudio **deben poder subsumirse lógicamente en el fundamento jurídico citado por el Tribunal**, de manera que la fundamentación jurídica sustente lógicamente la decisión. Lo anterior, al margen de un juicio sobre la pertinencia o corrección sustantiva de los argumentos jurídicos del Tribunal" (se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, expediente 63513, MP Alberto Montaña Plata. En el mismo sentido, sentencia del 23 de enero de 2023, expediente 68550, MP Martín Bermúdez Muñoz.

3.2 Segundo cargo: causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: “la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”

1) La sociedad concesionaria alega que se configuró la causal de anulación dos (2), atinente la falta de competencia de los árbitros, con base en tres argumentos:

a) Las normas incumplidas de aprovisionamiento de recursos de clausura y posclausura son de carácter regulatorio, por lo cual, verificar su cumplimiento es una competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) en ejercicio de sus funciones de inspección vigilancia y control.

b) La SSPD zanjó toda discusión cuando adoptó una decisión que, además, no fue cuestionada ni demandada, por lo que se encuentra en firme y produciendo plenos efectos, por manera que los árbitros no podían pronunciarse, pues, hacerlo generaba el riesgo de incurrir en decisiones contradictorias.

c) La cláusula compromisoria exigía que hubiera controversia entre las partes y, en este asunto, no existía el litigio, por cuanto este se acabó cuando la UAESP decidió remitir la investigación a la SSPD.

2) La UAESP se opone a la prosperidad de este cargo, porque, en su criterio, las pretensiones resueltas por los árbitros no se refieren al ejercicio de competencias de la SSPD, por cuanto una cosa es el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superservicios y, otra, muy distinta, es la constatación y análisis de un incumplimiento contractual; además, agregó que no reconoció que el asunto fuera de competencia exclusiva de la SSPD y, aún si lo fuera, no podría extinguir la competencia judicial para verificar el incumplimiento contractual de una de las partes.

3) El Ministerio Público sostuvo que el recurso no procede, porque el tribunal se limitó a estudiar el incumplimiento contractual, sin perjuicio de que la determinación del monto de los recursos de clausura y posclausura dependiera de una regulación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

4) La causal 2 exige como requisito de procedibilidad que el recurrente haya hecho “*valer los motivos constitutivos (...) mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia*”; en este caso concreto, la recurrente planteó los dos primeros argumentos en el recurso de reposición contra el auto en el que el tribunal se declaró competente, pero no señaló nada acerca del incumplimiento de los requisitos exigidos por la cláusula compromisoria; en efecto, en el recurso de reposición se afirmó lo siguiente:

“Por último, mi tercer punto de inconformidad y de solicitud al tribunal de revocatoria parcial del Auto se refiere a las pretensiones cuadragésima novena y quincuagésima, que tienen que ver con pretensiones que se formulan al Tribunal relacionadas con decisiones también de la Superintendencia de Servicios Públicos, decisiones que la Superintendencia adoptó igualmente mediante acto administrativo en función o en desarrollo de sus funciones legales de vigilancia y cumplimiento de las normas.

En ese orden de ideas, es sorprendente que la convocada incluya este tema como pretensión dentro del presente proceso arbitral y, por ello, solicito al tribunal que tenga a bien modificar su decisión en este aspecto dado que todos tenemos —la reconviniente y nosotros— pleno conocimiento de que la autoridad encargada de conocer el tema, este asunto, es la Superintendencia de Servicios Públicos, quien dentro de su papel de vigilancia y control, que es exclusivo y excluyente de lo demás, no ha encontrado que exista ningún incumplimiento respecto del encargo fiduciario para las obras de clausura y posclausura.

No cabe entonces espacio para que el tribunal arbitral, habiendo sido definido este aspecto por el competente que es la Superintendencia, pueda conocer y emitir un pronunciamiento al respecto”¹⁷.

En tal virtud, la Sala únicamente estudiará los dos motivos de incompetencia respecto de los cuales se cumplió con el requisito de procedibilidad.

5) La UAESP formuló dos pretensiones: una declarativa y otra consecencial de condena; el tribunal solo accedió a la primera súplica, en la cual se solicitó que se declarara el incumplimiento del concesionario del numeral 32 de la cláusula segunda del contrato de concesión no. 344 de 2010 por el hecho de no realizar la provisión ordenada en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, el artículo 30 de la Resolución CRA 720 y la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la clausura y posclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.

¹⁷ Índice 2 SAMAI. Grabación del recurso que obra en el archivo denominado “129.1. Primera de trámite intervenciones de las partes”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Acerca de este punto objeto de análisis, debe observarse lo siguiente:

a) Respecto de la obligación que se solicitó declarar incumplida, en el numeral 32 de la cláusula segunda del contrato se estipuló:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...).

32. Cumplir con las obligaciones que impone a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 y las normas que la desarrollen, modifiquen, adicionen, complementen o sustituyan; las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, y demás normas concordantes. Además, el Concesionario deberá respetar las obligaciones propias de la diligencia profesional y las buenas prácticas de la industria y de la ingeniería>>.

b) Por su parte, en relación con los recursos que debían provisionarse para la clausura y posclausura, el Decreto 1077 de 2015, la Resolución CRA 720 de 2015 y la Circular 001 de 2017 de la CRA prevén:

“Artículo 2.3.2.3.5.18¹⁸ del Decreto 1077 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio

ARTÍCULO 2.3.2.3.5.18. Disponibilidad de recursos económicos. Con el fin de garantizar la disponibilidad de recursos económicos para realizar el cierre, clausura, posclausura y posterior monitoreo de los rellenos sanitarios, toda persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad de disposición final de residuos sólidos, deberá constituir y mantener una provisión, que garantice la disponibilidad permanente de las sumas acumuladas durante el período de operación del relleno sanitario, necesarias para construir las obras de clausura y posclausura requeridas y llevar a cabo el monitoreo por el período que se determine en la licencia ambiental. La forma de determinar los valores a provisionar será establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la metodología tarifaria del servicio público de aseo”.

“Artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015

ARTÍCULO 30. Provisión de recursos para las etapas de clausura y posclausura. La persona prestadora de la actividad de disposición final deberá constituir un encargo fiduciario, que permita garantizar los recursos necesarios para la clausura y posclausura del mismo, de tal

¹⁸ Esta norma incorporó el artículo 19 del Decreto 838 de 2005.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

manera que todas las actividades y obras requeridas para dichas etapas se realicen, acorde con lo establecido en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, o el que lo modifique, sustituya o adicione, de acuerdo con la fórmula definida para CDF_PC en el ARTÍCULO 28.

En el caso en que la autoridad ambiental determine un período adicional a diez (10) años para la etapa de posclausura del sitio de disposición final, la persona prestadora calculará su costo a partir de lo establecido en el Parágrafo 5 del ARTÍCULO 28.

“Circular CRA 001 de 2017, referente a la aplicación del <<marco tarifario para personas prestadoras del servicio público de aseo en municipios con más de 5.000 suscriptores>>

11 Costo de Disposición Final –CDF-

El artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015, impuso la obligación a los operadores de los rellenos sanitarios de hacer la provisión de los recursos para la etapa de posclausura, calculados de conformidad con la fórmula tarifaria definida en el artículo 28 ibídem. Al respecto, la regulación define que los recursos provisionados tienen una destinación específica para financiar las actividades relacionadas con el cierre progresivo del relleno sanitario, en concordancia con los requisitos técnicos definidos por la normatividad ambiental vigente y contemplados en el diseño del relleno sanitario, así como en la licencia ambiental aprobada para el proyecto.

Así las cosas, es potestad del operador del relleno sanitario definir los requisitos necesarios para el giro de los recursos provisionados en el encargo fiduciario, teniendo en cuenta las etapas de diseño del relleno sanitario y las proyecciones de vida útil del mismo, a partir de las cuales se puede definir en qué momentos del tiempo se requerirán los recursos y los montos definidos para la realización de las obras de cierre; lo cual está sujeto a vigilancia y control por parte de la SSPD.

Todos los recursos que hagan parte de la provisión para las etapas de cierre, clausura y posclausura de la disposición final y el tratamiento de lixiviados, incluyendo los intereses o rendimientos de estos recursos; deben ser empleados para las actividades y obras requeridas para los que fueron provisionados”.

c) Durante la ejecución del contrato y con miras a adecuar la obligación contractual a las disposiciones reglamentarias las partes suscribieron el documento aclaratorio no. 1 del 14 de junio de 2017 en el cual señalaron lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...).

Que (...) el Subdirector de Disposición Final determinó la necesidad de aclarar el Contrato de Concesión No. 344 de 2010, exponiendo las siguientes razones:

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

'Se requiere la suscripción de un documento de carácter contractual con el cual se busca definir la interpretación entre las partes de las actividades de cierre y post cierre, su control, etapas, así como el manejo de los recursos provisionados de conformidad con la Resolución CRA 351 de 2005 y a Resolución 720 de 2015.

En ese sentido, el mencionado documento busca armonizar las disposiciones contractuales a la regulación. De esta manera, cumplir con los preceptos legales en la materia y plasmar la mejor interpretación en relación con estos aspectos.

(...).

De acuerdo con lo anterior, se requiere incorporar en el Contrato 344 lo dispuesto por la Comisión en las Resoluciones CRA 720 y 751 de 2016, con el fin de justar la retribución económica planteada en dicho contrato y de garantizar el flujo de recursos que permitan cumplir con lo ordenado en el Decreto Nacional 1077 de 2015.

(...).

En ese sentido, es el querer de las partes armonizar el Contrato con la normatividad de orden superior y de carácter público, para efectos de resolver la incertidumbre provocada en cuanto al alcance de las obligaciones de la concesión y la regulación vigente.

(...).

Conforme a lo expuesto y a modo de conclusión de lo dicho, las partes han acordado que, conforme a la regulación vigente, el prestador del servicio será el sujeto responsable de realizar la provisión de los recursos destinados para las actividades de cierre, clausura y postclausura. Que, en esa misma línea, en el particular caso que nos ocupa, la prestación del servicio de disposición final se realiza como consecuencia de un contrato de concesión y, por tanto, será CGR Doña Juana el prestador del servicio en cuanto a las actividades de cierre, postcierre, clausura y postclausura, si estas están a su cargo por la disposición contractual.

(...).'

(...).

CLÁUSULA PRIMERA: *Se aclara que le corresponde al CONCESIONARIO la ejecución de las actividades de cierre, postcierre y clausura del contrato de concesión No. 344 de 2010.*

CLÁUSULA SEGUNDA: *Se aclara que para efectos del presente contrato la remuneración y provisión por concepto de cierre, clausura y post clausura se realizará conforme a la regulación vigente establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y, en especial se tendrán en cuenta los porcentajes definidos en los documentos de trabajo y demás soportes de la metodología tarifaria.*

(...).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

El Concesionario reconoce la obligación de mantener la provisión definida en la regulación y ejecutar las actividades correspondientes a cierre (incluido postcierre) y clausura de todo el relleno (...)"
(mayúsculas fijas y negrillas del original).

d) En la ejecución del contrato, el interventor solicitó a la UAESP iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del concesionario por el hecho de desconocer la obligación de proveer recursos para la clausura y posclausura del relleno sanitario; la UAESP remitió la investigación a la SSPD mediante la Resolución no. 671 de 2019 *'por la cual se resuelve archivar y remitir por competencia un proceso administrativo sancionatorio'* con fundamento en que la solicitud del interventor se refería al incumplimiento de la regulación tarifaria que regía al concesionario, mas no al de una obligación contractual en particular.

6) De la revisión de las estipulaciones contractuales y reglamentarias, así como también de lo ocurrido durante la ejecución del contrato, se concluye que no es válido afirmar que la provisión de los recursos para la clausura y posclausura sea un asunto exclusivamente regulatorio, pues, es una obligación contractual, respecto de la cual el juez del contrato sí podía pronunciarse.

Si bien es cierto que el numeral 32 de la cláusula 2 del contrato de concesión no. 334 de 2010 no regula expresamente el alcance de la provisión de recursos para la clausura y posclausura, ello no desvirtúa el carácter contractual de la obligación, más aún si se trata de una estipulación cuyo contenido es completado con la normativa regulatoria.

En efecto, las partes suscribieron un documento aclaratorio del contrato que buscó *"resolver la incertidumbre provocada en cuanto al alcance de las obligaciones de la concesión y la regulación vigente"* (página 1184 del laudo); en ese sentido, el Aclaratorio no. 1 —firmado después de la expedición del Decreto 1077 de 2015, la Resolución CRA 720 de 2015 y la Circular 001 de 2017— estableció en la cláusula primera *"se aclara que le corresponde al Concesionario la ejecución de las actividades de cierre, postcierre y clausura del contrato de concesión no. 344 de 2010"* (página 1184 del laudo).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

7) Además, la remisión de la investigación a la SSPD tampoco desvirtúa el carácter contractual de la obligación, por cuanto, un aspecto es la sanción que la autoridad regulatoria puede imponer al concesionario y, otro, muy distinto, es la decisión sobre el cumplimiento de la estipulación de carácter contractual.

La decisión de archivar la investigación contractual encaminada a sancionar al concesionario (contratista), en estricto sentido, se basó en que el informe de interventoría no hizo referencia a ninguna obligación del contrato, porque en ese documento se indicó que *'dada una interpretación gramatical del informe puede concluirse que la [interventoría] alegó, **exclusivamente**, como fuente del incumplimiento una norma contenida en la Resolución CRA 720 de 2015, que es de naturaleza eminentemente regulatoria'* (página 1182 del laudo – negrillas y subrayado del original). En todo caso, archivar un procedimiento administrativo no impide que el juez del contrato pueda declarar la existencia de un incumplimiento contractual.

8) La SSPD tampoco zanjó la controversia cuando adoptó una decisión que, según el recurrente, goza de presunción de legalidad:

a) Es cierto que la mencionada Circular 017 de 2017 indica que el cumplimiento de la obligación regulatoria está *'sujeto a vigilancia y control por parte de la SSPD'*; sin embargo, ello no desvirtúa que el tribunal estudiara un asunto diferente, esto es, si el concesionario cumplió o no cumplió una obligación contractual pactada expresamente en el contrato.

En efecto, al haber asumido la obligación contractual —asunto que quedó dilucidado en el Aclaratorio 1 de 2017—, la sociedad CGR SA ESP podía incurrir en incumplimiento del contrato y, por lo tanto, el análisis que hace el árbitro simplemente se circunscribe a determinar si se desconoció una obligación de carácter contractual y, por ende, si era o no viable ordenar la reparación del daño causado a la entidad contratante.

En este caso concreto, se reitera, el tribunal declaró el incumplimiento, pero, se abstuvo de imponer condena en perjuicios, análisis completamente diferente al que hizo la SSPD, pues, en el ejercicio de sus funciones de inspección y control

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

dicha entidad decidió si procedía o no la imposición de sanciones por el desconocimiento de la normativa en materia de servicios públicos domiciliarios.

b) No es cierto que la SSPD al resolver la investigación adelantada en contra del contratista haya proferido una decisión vinculante para los árbitros, debido a que no existe yuxtaposición de funciones, en tanto que la labor del juez del contrato es diferente a la de la autoridad de inspección, vigilancia y control que verifica el cumplimiento de la normativa regulatoria del servicio público domiciliario.

c) Finalmente, no es válido sostener que en la comunicación no. 20224300947721 del 8 de marzo de 2022 la SSPD haya definido que no hubo incumplimiento en relación con los aportes para actividades de clausura y posclausura ya que, esa entidad solicitó al concesionario provisionar en la fiducia los recursos indicados en la comunicación de la CRA —que detalló las actividades de posclausura cubiertas con la tarifa—; lo anterior, sin embargo, no implica, necesariamente, que el concesionario no debiera hacer la referida provisión de recursos.

4. Recurso de anulación interpuesto por la UAESP (convocada – convocante en reconvención) - cargo único: causal contenida en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral: “la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”

1) La UAESP interpone recurso de anulación con base en la causal dos (2), esto es, la falta de competencia por considerar que el tribunal decidió en contravía del laudo del 27 de septiembre de 2018 que, en su parecer, constituía cosa juzgada.

Como fundamento de su impugnación, aduce que el desconocimiento de la cosa juzgada genera la falta de competencia, para lo cual cita la sentencia del 8 de noviembre de 2021 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación en el expediente no. 66.767; manifiesta que en el caso del laudo recurrido se cumplen los tres requisitos para que opere la cosa juzgada: identidad de partes, de causa y de objeto.

Asimismo, argumenta que el tribunal de 2018 decidió acerca de si el concesionario tenía la obligación de optimizar la planta de lixiviados y que, en ese laudo, al contrario de lo señalado en la decisión recurrida, se indicó que la

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

obligación “*fue prevista claramente en los documentos precontractuales y el pliego de condiciones valorando las características jurídicas de la citada obligación, y que el concesionario asumió su cumplimiento.*” (índice 2, archivo 308 SAMAI).

2) La sociedad CGR SA ESP, por su parte, se opone al recurso, por considerar que desconocer la cosa juzgada no constituye falta de competencia, que la sentencia citada por la recurrente indica, expresamente, que la causal no se configura por la existencia de cosa juzgada; adicionalmente, estima que no hay identidad de objeto o causa entre los laudos arbitrales, pues, mientras en el proceso de 2016 la UAESP solicitó que se declarara que el concesionario estaba obligado a optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados y que incumplió dicha obligación, en tanto que en este otro laudo se estudió la nulidad absoluta de esa obligación.

3) El Ministerio Público conceptuó que este cargo no debe prosperar, porque el desconocimiento de la cosa juzgada no configura la causal de anulación de falta de competencia.

4) Al respecto, la Sala pone de presente que el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 consagra como causal de anulación la “*falta (...) de competencia*”, esta norma prevé que se debe presentar recurso de reposición contra el auto en el que el tribunal se declaró competente, lo cual fue cumplido en este caso concreto¹⁹. La cosa juzgada, sin embargo, no configura una falta de competencia del panel arbitral, por cuanto, en estricto sentido, aquella corresponde a una excepción que debe analizar el juzgador y que busca que se rechacen las pretensiones de la demanda en virtud de la existencia de otra decisión previa con identidad de partes, objeto y causa.

En un caso similar estudiado por esta Sala, se indicó que se profirió una decisión incongruente porque un tribunal arbitral declaró la existencia de la cosa juzgada; en esa oportunidad, el recurso de anulación se declaró infundado por los siguientes motivos:

¹⁹ Índice 2 de Samai. Grabación del recurso que obra en el archivo denominado <<129.1. Primera de trámite intervenciones de las partes>> y Actas 23 del 20 de septiembre de 2021 y 24 del 6 de octubre de 2021.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

“36. La Sala advierte en este punto que la cosa juzgada es una excepción de fondo que puede proponer el demandado y que está dirigida a determinar que la pretensión del demandante debe ser rechazada porque sobre ella existe una decisión anterior; al pronunciarse sobre ella, el Tribunal de Arbitramento está resolviendo de fondo el punto y está denegando la pretensión impetrada por tal causa; no se trata de una decisión inhibitoria, de carácter procesal, en la cual el Juzgador advierte que no se pronunciará por razones procesales o defectos de forma (indebida conformación del litisconsorcio por ejemplo). La decisión de declarar la cosa juzgada es una decisión que hace tránsito a cosa juzgada.

37. No puede en este caso considerarse que el Tribunal no resolvió una pretensión para concluir que el laudo está afectado de incongruencia; la resolvió en el sentido de denegarla por considerar que sobre ella ya existía un pronunciamiento previo.

38. La decisión que adoptó el Tribunal al momento de asumir competencia constituyó un examen preliminar que no impedía, de ninguna manera, un examen definitivo en el Laudo. Por el contrario, en ese momento se declaró la competencia para conocer de las pretensiones y excepciones planteadas; y dentro de las excepciones se encuentra la de cosa juzgada.

39. Así las cosas, la Sala no advierte la alegada ausencia de pronunciamiento, dado que no está demostrado que el Tribunal haya dejado de estudiar un asunto puesto en su conocimiento. Las pretensiones fueron resueltas al decidir la excepción de cosa juzgada. Si las razones del Tribunal fueron equivocadas, como lo afirma el recurrente, ello no permite anular el laudo, puesto que **la pretendida errónea motivación constituye un vicio en el juzgamiento, cuyo control escapa al objeto del recurso de anulación**, pues este no está previsto como una instancia adicional para discutir los fundamentos que tuvo el Tribunal para adoptar su decisión²⁰ (negritas de la Sala).

Si bien la providencia anterior evaluó una causal diferente, la razón de la decisión es la misma, esto es, que la cosa juzgada es una excepción “de fondo” y, en ese sentido, más que afectar la competencia del panel arbitral, corresponde a una decisión que puede dar lugar a denegar las pretensiones. Esto es tan claro que, por el contrario, el recurso extraordinario de revisión sí permite evaluar la existencia de una sentencia que sea contraria a la cosa juzgada²¹.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de diciembre de 2021, expediente 63319, MP Ramiro Pazos Guerrero.

²¹ El artículo 45 de la ley 1563 de 2012 remite al CGP, y esta norma en el artículo 355 prevé que una de las causales del recurso extraordinario de revisión es: “9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

5) Para fundamentar el recurso de anulación, la UAESP citó una providencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado²²; no obstante, la lectura integral de esa sentencia permite constatar que en esa ocasión también se explicó que la cosa juzgada no configura la causal de anulación por falta de competencia, en tanto no se trata de un aspecto que afecte la capacidad del panel arbitral para resolver la controversia, sino la congruencia de la decisión. En ese caso, el tribunal arbitral declaró que no tenía competencia para estudiar un grupo de pretensiones porque existía una conciliación que hizo tránsito a cosa juzgada, pero, esta corporación anuló el laudo dado que, pese a ello, estudió una excepción que justamente se relacionaba con la existencia de cosa juzgada.

Aunque en el presente asunto los árbitros consideraron que la cosa juzgada, *ab initio*²³, podría limitar su competencia, expresamente precisaron que resolverían el asunto de fondo en el laudo:

*“Bajo este entendimiento, y en aras de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, **se hace necesario confirmar la competencia** de este Tribunal para conocer las pretensiones vigésima quinta, vigésima sexta (...) de la demanda principal reformada, **sin perjuicio de que en el laudo arbitral se aborde el estudio de fondo acerca de la cosa juzgada en los términos en que ha sido planteada por la demandada**” (índice 2 SAMAI).*

En ese orden de ideas, el cargo no está llamado a prosperar.

6) De otra parte, la UAESP alega que se configuró la causal 2 por falta de competencia del panel arbitral, en atención al esquema constitucional y legal de los servicios públicos, por cuanto la suficiencia de la tarifa no era un asunto transigible, a diferencia de lo señalado por los árbitros; a lo cual agrega que para sustentar su competencia el tribunal arbitral señaló que no se estaba pronunciando sobre una tarifa regulatoria sino contractual, conclusión que es errada por las siguientes razones:

a) En materia de residuos sólidos: (i) la tarifa no fue estipulada con base en un ofrecimiento realizado por el CGR, (ii) fue incorporada con base en la Resolución

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, expediente 66767, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

²³ Acta 24 del 6 de octubre de 2021 (índice 2 SAMAI).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

CRA 351 de 2005 y, (ii) el CGR solo podía ofrecer un descuento que no modificara la naturaleza regulada de la tarifa.

b) En el tratamiento de lixiviados, aunque la tarifa prevista en el contrato no hacía referencia a la normativa de la CRA, dicha tarifa tampoco es contractual, los árbitros señalaron que se pactó con base en el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1993²⁴; sin embargo, esta norma no es aplicable, porque la tarifa debía ser planteada por el proponente y, en este caso, la tarifa fue fijada en los pliegos de la UAESP.

7) La sociedad convocante (concesionaria), por su parte, se opuso al recurso con base en tres motivos:

a) El tribunal sí era competente, pues, las pretensiones no discutían las resoluciones de la CRA ni las fórmulas tarifarias definidas por esa autoridad, simplemente buscaban que se declarara que la remuneración contractual era insuficiente, motivo por el cual los árbitros fueron claros en establecer que no estaban pronunciándose sobre validez o legalidad de las tarifas fijadas por la CRA, sino, únicamente, acerca de si el contrato respetó el sinalagma prestacional.

b) El recurrente pretende discutir el fondo de la controversia, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 42 de la Ley 1564 de 2012.

c) En todo caso, las tarifas sí fueron contractuales, dado que el análisis del tribunal se fundamentó en la normativa y pruebas aplicables, tanto así que los peritos de ambas partes reconocieron que las tarifas eran contractuales.

8) Por su parte, el Ministerio Público rindió concepto en el cual puso de presente que el recurso de anulación debe prosperar en este aspecto, porque el

²⁴ "PARÁGRAFO 1o. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga".

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

desequilibrio del contrato se refería a la insuficiencia de las regulaciones expedidas por la CRA; en ese sentido, la causal se configuró porque, al analizar si la tarifa era insuficiente para el contrato, el tribunal arbitral “*entraría a juzgar la función regulatoria de la CRA, en últimas la entidad que tiene relación directa con la afectación o no de la ecuación contractual o con el incumplimiento o no del contrato por parte de la UAESP, pues esta entidad no tenía autonomía para fijar la remuneración del contratista*” (índice 2 SAMAI).

9) La Sala declarará la nulidad parcial del laudo arbitral, porque los árbitros resolvieron una controversia relativa a un asunto que no era de libre disposición, esto es, la suficiencia de la tarifa de residuos sólidos y de tratamiento de lixiviados fijada por la Resolución no. 720 del 9 de julio de 2015 expedida por la CRA; esta decisión, sin embargo, no cubre las pretensiones que versan sobre el tratamiento de lixiviados inicialmente pactado, pues, dicha tarifa no fue regulada por un acto administrativo, sino fijada por las partes del contrato.

10) La parte recurrente cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en la ley, esto es, haber interpuesto recurso de reposición en contra de la decisión del tribunal arbitral de asumir competencia (penúltimo inciso artículo 41 Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral).

En efecto, el panel arbitral asumió competencia en la primera audiencia de trámite; en el acta no. 23 del 20 de septiembre de 2021 se consignó lo siguiente:

*“La parte convocada en la contestación a la reforma de la demanda, ha sostenido que el Tribunal ‘no es competente para pronunciarse sobre los supuestos asociados a la insuficiencia tarifaria al ser un asunto de conocimiento exclusivo del regulador del servicio público de aseo. **Conforme a ello, el asunto del marco tarifario y su definición son aspectos que no son de libre disposición de las partes, corresponden a decisiones que implican el orden público y por tanto inderogables por el acuerdo contractual, por tanto tampoco por una decisión arbitral**” (primera excepción). Solicita en consecuencia que el Tribunal se declare no competente para conocer de las pretensiones primera a octava y décima a duodécima y sus subsidiarias’*

Revisadas nuevamente las pretensiones en comento, lo primero que se debe precisar es que las mismas no se encuentran encaminadas a que el Tribunal Arbitral juzgue la legalidad de la tarifa fijada, tampoco a que la modifique o revise como se plantea en la excepción. Lo que de manera general se solicita en la demanda es determinar si la tarifa, tal y como fue legalmente fijada y sin entrar en la controversia sobre su legalidad, fue suficiente o no para el normal desarrollo y ejecución de

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

las prestaciones contractuales. Bajo este entendimiento, las consecuencias de lo que sobre este aspecto se decida, se enmarcan perfectamente dentro del convenio arbitral celebrado por las partes, pues este asunto evidencia una clara controversia contractual.

No se trata entonces que al Tribunal se le esté solicitando ejercer funciones regulatorias, sino simplemente efectuar un análisis sobre la suficiencia tarifaria y los efectos que ella pudo tener en el contrato, temas estos que son sin duda arbitrables y que no se encuentran legalmente excluidos de competencia de la justicia arbitral, por lo cual no resulta de recibo la alegación sobre falta de competencia, formulada en la excepción primera de la contestación a la demanda reformada” (índice 2 SAMAI – resalta la Sala).

En contra de esta decisión, en su momento la UAESP interpuso recurso de reposición con fundamento en la falta de competencia del tribunal para conocer de temas tarifarios y de actos proferidos por la SSPD (ver audiencia minuto 1 a 10, índice 2 SAMAI, archivo 129). En el minuto 20 y siguientes se insiste que el asunto es tarifario y que cuando el regulador adoptó la Resolución 843 zanjó la discusión del asunto, precisamente, por tratarse de tarifario y no contractual. *“El concepto de suficiencia tarifaria es exclusiva del regulador”* (ver minuto 26, índice 2 SAMAI). *“El asunto es de orden público, no se puede entender como un asunto contractual”* (minuto 28 – índice 2 SAMAI).

El recurso de reposición fue resuelto el 6 de octubre de 2021 con apoyo en el siguiente razonamiento:

“Como quedó expuesto en precedencia, el apoderado de la parte convocada sostiene que el Tribunal no es competente para conocer las pretensiones relacionadas con la denominada insuficiencia tarifaria.

Para resolver lo planteado en este punto, el Tribunal ha entrado a revisar las pretensiones respectivas y se considera necesario escindir el ámbito de la función regulatoria, del ámbito de la función jurisdiccional. No se trata de que en este caso se le esté solicitando al Juez arbitral la modificación de una tarifa, pues es claro que ello corresponde, por ley, al Ente Regulador.

Precisamente el objeto de la competencia del Tribunal es el examen de si la conducta contractual de las partes o de una de ellas, devino en que la tarifa fijada por la autoridad reguladora resultase insuficiente para el cumplimiento recíproco de sus obligaciones contractuales y de las consecuencias que ello pudiese tener en la debida ejecución del contrato, sin que ello implique que los árbitros se entrometan ejerzan funciones regulatoras o modificatorias de tarifas cuya competencia se encuentra atribuida a otra autoridad.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Los argumentos planteados por el recurrente en este punto, no pueden ser entonces de recibo, pues el entendimiento que aquel le imprime al alcance de las pretensiones, se refiere evidentemente a una función que no le corresponde al Tribunal y que no pretende asumir. Pero, desde el punto de vista del sinalagma del contrato, es claro que los árbitros se encuentran habilitados para determinar las consecuencias que la tarifa pudo tener durante la ejecución del contrato y sus efectos en la economía del negocio, pues ese estudio sí le corresponde por ley – y en este caso además por cláusula arbitral - al Juez contractual y no a la Autoridad Reguladora.

En los anteriores términos, independientemente de que las pretensiones relacionadas con la insuficiencia tarifaria prosperen o no, no advierte el Tribunal que su contenido o alcance sean de competencia del Ente Regulador, pues lo cierto es que su planteamiento se refiere a los efectos contractuales de las tarifas y no a un análisis de su conveniencia o de su suficiencia en el mercado de los servicios públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal confirmará la asunción de su competencia respecto de las pretensiones relacionadas con la insuficiencia tarifaria de la demanda principal reformada” (índice 2 SAMAI – resalta la Sala).

Por consiguiente, se entiende satisfecho el requisito exigido por la ley para definir si los árbitros fallaron sin competencia.

11) En su demanda, la sociedad convocante (contratista) solicitó que se declarara que la tarifa del contrato para la remuneración de residuos sólidos y de tratamiento de lixiviados no fue suficiente, por lo cual pidió declarar que existió un rompimiento del equilibrio económico del contrato y se procediera a su restablecimiento.

En relación con la remuneración del concesionario, en la cláusula séptima del contrato se estipuló lo siguiente:

“REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP. Para efectos de la remuneración, esta se divide en dos componentes:

a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el CDT remuneración por el número de toneladas dispuestas en el RSDJ no aprovechadas, durante el mes que se remunera. El CDT remuneración corresponde al definido en el numeral 1.2. DEFINICIONES Y SIGLAS de estos pliegos de condiciones. El CDT remuneración será actualizado conforme lo dispuesto en la Resolución 351 de 2005. Las toneladas

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

aprovechadas por el Concesionario serán pagadas al valor previsto en el artículo 17 de la Resolución 351 de 2005.

En el cálculo del CDT remuneración está implícito un descuento automático que efectuará la UAESP, del 6.38% para las actividades de Clausura y Postclausura. Los dineros provenientes de este descuento irán a una fiducia de Clausura y Post clausura, que será contratada por la UAESP y que se encargará de administrar los recursos únicamente para efecto de las actividades de clausura y postclausura. Cuando estas labores sean efectuadas en las zonas de disposición que deberá trabajar el nuevo operador, éste deberá cubrir los costos y gastos relacionados por cuenta de su remuneración. En las zonas ya cerradas, éste podrá presentar las cuentas de cobro correspondientes que serán cubiertas por la fiducia. La ejecución de esas labores tendrá que ser autorizada por la UAESP y el pago de las mismas por parte de la fiducia estará atado a un aval específico para cada cuenta por parte de la UAESP.

Los costos generados en la Clausura y Postclausura relacionados con el tratamiento de lixiviados y del manejo de biogás deben ser asumidos tanto por el operador seleccionado como resultado del presente proceso, como por el operador del Biogás y por tanto estos costos no podrán ser cargadas ni a la UAESP ni a la fiducia referenciada. De todas formas es obligación del operador el responder por las acciones de Clausura y Postclausura en todo el RSDJ durante el periodo de ejecución del contrato.

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: *La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX , para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCT (\$2.794=) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.*

(...)

Aparte de los descuentos implícitos ya referenciados se aplicará un descuento adicional:

c) Descuento por el pago de derechos para aprovechamiento: *Independientemente de la modalidad elegida por el operador seleccionado para efectuar aprovechamiento y de la cantidad de residuos aprovechados, que no puede sobrepasar el 20% de los residuos ingresados al RSDJ, el operador deberá pagar \$ 573 por cada tonelada ingresada al RSDJ a pesos de diciembre de 2009. Este valor se descontará de las facturas mensuales causadas a favor del operador y se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE” (página 153 del laudo – negrillas adicionales).*

Por su parte, el pliego de condiciones definió el CDT remuneración y el CLMAX así:

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

“CDTj: Es el costo máximo o techo por tonelada dispuesta, el cual se calculará para este proceso en particular, aplicando formulas contenidas en la Tabla 3 “Definición de CDTj para diferentes combinaciones de parámetros aportados. **Precios de junio de 2004”, de la Resolución 482 de 2009 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-**.

CDTremuneración: Es el costo a reconocer al operador seleccionado como su remuneración por tonelada dispuesta. Este valor será también parte integral del cálculo del Costo de Tratamiento y disposición Final CDTp que determinará la tarifa a aplicar a los usuarios del servicio público de aseo en el Distrito Capital de Bogotá.

El CDTremuneración corresponde al valor resultante de realizar un descuento del 6.38% al valor del CDTj previamente descontado por el porcentaje fijo de descuento ofertado por el proponente en su propuesta económica. El descuento del 6.38% será utilizado para efectos de las actividades de Clausura y Postclausura que serán realizadas por la UAESP o por quien ella determine. Ese descuento del 6,38% corresponde a la estimación de la UAESP de los costos de Clausura y Postclausura y que deben ser provisionados para esos efectos acorde con la Regulación.

CLMAX: costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOSMIL SETESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCT (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, valor correspondiente a estimación de los costos proyectados de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados efectuada por la UAESP. Sus actualizaciones serán efectuadas aplicando el IPC en forma mensual” (índice 2 SAMAI).

Como se advierte, el pliego de condiciones estableció dos criterios de evaluación de las ofertas, a saber, el componente nacional que otorgaba cien (100) puntos y el puntaje económico que daba hasta novecientos (900) puntos; con miras a obtener el puntaje económico, el concesionario ofertó un diez por ciento (10%) de descuento sobre el costo techo por tonelada dispuesta (CDTj) y sobre el “costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados”.

Ahora bien, cuando se suscribió el contrato, la CRA había expedido la Resolución 351 de 2005 y, durante su ejecución, se expidieron dos regulaciones más sobre la tarifa, las cuales fueron aplicadas al negocio jurídico:

a) En primer lugar, la Resolución CRA 720 de 2015 ‘por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atiendan en municipios de más de 5.000

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones’.

b) En segundo término, como consecuencia de una solicitud presentada por el concesionario²⁵ y coadyuvada por la UAESP, la CRA emitió la Resolución 843 de 2018 *‘por medio de la cual se modificaron los componentes de disposición final y el costo de tratamiento de lixiviados’*; estos nuevos costos tienen en cuenta las particularidades del relleno sanitario objeto del contrato al que se refiere el laudo, es decir, el relleno sanitario Doña Juana.

En este contexto, el concesionario alegó que la tarifa anterior a la Resolución 843 de 2018 no fue suficiente, por lo cual solicitó que se declarara que no fueron suficientes (i) la tarifa de residuos sólidos inicial, (ii) la tarifa de lixiviados inicialmente pactada, (iii) la tarifa de residuos sólidos de la Resolución CRA 720 de 2015 y, (iv) la tarifa de lixiviados de la Resolución CRA 720 de 2015²⁶.

12) Una vez agotado el proceso arbitral, el tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la sociedad CGR SA ESP y, en consecuencia, condenó a pagar a la UAESP veintidós mil ochocientos ochenta y nueve millones quinientos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta pesos (\$22.889.587.460) a título de indemnización y compensación por el desequilibrio generado por la insuficiencia tarifaria en residuos sólidos; además, condenó a la entidad estatal a pagar treinta mil ciento sesenta y siete millones seiscientos setenta y cuatro mil trescientos treinta y nueve pesos (\$30.167.674.339) por los perjuicios que causó con la *“insuficiencia de la tarifa contractual para el tratamiento de lixiviados”*.

Las anteriores decisiones se fundamentaron sobre las pretensiones relacionadas con residuos sólidos y sobre el tratamiento de lixiviados.

13) El tribunal decidió estudiar conjuntamente las pretensiones sobre la insuficiencia de la tarifa sobre residuos sólidos y las relativas al restablecimiento

²⁵ Que se fundamentó en la causal de modificación sobre la existencia de *“Acuerdo entre la persona prestadora y la Comisión para modificar o prorrogar las fórmulas tarifarias y/o los costos económicos de referencia resultantes de su aplicación”*.

²⁶ También pretendió que se declarara que la tarifa de residuos sólidos inicial —que remitía a la Resolución CRA 351 de 2005— fue insuficiente; esta pretensión fue rechazada por el tribunal de arbitramento y no fue objeto del recurso de anulación.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

económico “*dada la similitud de las materias involucradas*”, con los siguientes contenido y metodología:

a) Dividió el análisis en dos períodos: (i) el primero, desde la celebración del contrato hasta la modificación “*tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015*” y, (ii) desde la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015 hasta la entrada en vigencia de la Resolución CRA 843 de 2018; esta diferencia obedeció a que, en el primer periodo, habría una “*insuficiencia originaria*”, mientras que en el segundo sería “*sobrevenida*” y causada por “*hechos extraordinarios e imprevistos que alteraron la ecuación económica del Contrato o [porque] la UAESP incurrió en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de supervisión y revisión del Contrato*” (índice 2 SAMAI).

b) En el examen del primer período, el tribunal encontró necesario estudiar la naturaleza de la tarifa para definir si era regulatoria o contractual; en este punto los árbitros concluyeron que era contractual con base en el siguiente razonamiento:

“A este efecto, el Tribunal encuentra que el Contrato de Concesión fue celebrado entre las Partes al amparo del parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según el cual ‘Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. (...)’.

De conformidad con la disposición legal transcrita, si ‘la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos’, quiere decir, contrario sensu, que también puede ser que la tarifa no sea un elemento que se incluya como base para el otorgamiento del contrato de concesión, y en consecuencia, es este evento el que autoriza y regula la denominada tarifa contractual, por oposición a la tarifa regulatoria.

Al respecto, coinciden los peritajes en materia regulatoria aportados por las partes.

Así, el perito Julio César Aguilera manifiesta en su dictamen:

‘Para la ciudad de Bogotá, las actividades de Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados se rigen por el parágrafo 1 del artículo 87 de

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

la Ley 142 de 1994 a través del Contrato C344 de 2010 suscrito entre la UAESP y CGR²⁷.

En el mismo sentido se manifestó el ingeniero Alejandro Gualy, quien suscribe el dictamen de Aquaseo:

'1. ¿La remuneración para la actividad de disposición de residuos sólidos y el tratamiento de lixiviados tiene un origen, concepción, estructuración, modelación y aplicación contractual para el Contrato de Concesión 344 de 2010?

Si, ambas remuneraciones tienen un origen contractual.

El hecho de que la UAESP para la remuneración de la actividad de disposición de residuos sólidos haya utilizado como referente los costos y valores de la Resolución 351 de 2005 no desvirtúa su origen, concepción, estructuración y aplicación contractual toda vez que dicha forma de remuneración fue determinada por la entidad contratante desde la Licitación Pública No. 001 de 2010 y CGR SA ESP no es un prestador autónomo e independiente²⁸.

(...)

Ahora bien, el Contrato establece la remuneración de CGR por las actividades de disposición de residuos sólidos, así:

En el Pliego Definitivo se establecieron las siguientes definiciones: (...)

Lo anterior tiene una gran relevancia de cara a desatar los problemas jurídicos que plantea la Demanda Reformada, así como las excepciones formuladas contra ella en su Contestación, como quiera que existe una controversia entre las partes alrededor de si la remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato es una tarifa contractual, como lo sostiene el Demandante, y por lo tanto su análisis jurídico ha de realizarse a la luz de las normas que gobiernan los contratos, y en este caso los estatales de concesión²⁹; o si por el contrario, se trata de una tarifa regulatoria, como afirma la Demandada, en cuyo caso sería sujeta al régimen tarifario regulatorio de orden público definido por la CRA,

La posición de la UAESP (...) sustenta su posición en el concepto 172 de 2016 de la Superintendencia de Servicios Públicos, en el cual dicha Superintendencia afirma (...), que los contratos a los cuales se aplica el párrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, son aquellos que se celebran para que las empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, de lo que concluye, sin mayor explicación, que 'El objeto del contrato a ser objeto de la tarifa contractual es la financiación, operación y mantenimiento del servicio, de lo cual se colige que el contratante es necesariamente, el actual prestador. No se transfiere la prestación del

²⁷ Dictamen de contradicción regulatorio, Pág. 10.

²⁸ Página 36 del dictamen regulatorio de CGR Doña Juana aportado el 24 de enero de 2022.

²⁹ Ley 142 de 1994, Artículo 31, Parágrafo: "Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

servicio ni la calidad de prestador del contratante' (...); por lo cual afirma la UAESP que '(...) no es dable concluir que en el caso que nos ocupa, estemos frente a una hipótesis de tarifa contractual, lo que implicaría la eventual procedencia de una hipótesis de desequilibrio económico del contrato; más aún cuando tal y como usted lo afirma, la supuesta situación de insuficiencia financiera, se ha generado como consecuencia de la aplicación del nuevo marco tarifario'³⁰.

Para el Tribunal, sin embargo, esta posición no es de recibo, en el entendido de que el concepto de la Superintendencia no es vinculante, como quiera que concurren poderosas razones jurisprudenciales y doctrinales para acoger la posición de CGR en cuanto a la naturaleza de la tarifa contractual en la remuneración pactada en el Contrato.

En particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos³¹:

'Todo lo anterior permite inferir que cuando el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 se refiere a ciertos contratos que se celebren con empresas privadas para que estas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, no podría estar aludiendo a nada distinto que a la prestación misma de tales servicios, en cuanto las actividades señaladas genéricamente en dicha norma —financiación, operación y mantenimiento— engloban todas las acciones, tareas y gestiones que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben ejecutar para ofrecer y prestar tales servicios, o, al menos, la mayor parte y las más importantes de aquella.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que la interpretación más razonable y armónica que puede hacerse del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en este punto, es que dicha norma faculta efectivamente a las partes en los contratos a los cuales se refiere, para pactar las fórmulas tarifarias y las respectivas tarifas, separándose de las fórmulas establecidas con carácter general por la respectiva comisión de regulación, siempre que se cumplan los requisitos que la misma disposición consagra en forma explícita y las demás condiciones implícitas que se mencionarán más adelante'.

De hecho, en este Concepto aparece la siguiente referencia, que evidenciaría un cambio de opinión de la Superintendencia de Servicios Públicos:

'Así lo han entendido también la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). En efecto, la Superintendencia manifestó lo siguiente, en concepto reciente emitido por su Oficina Asesora Jurídica y dirigido al Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo:

No obstante lo anterior, el párrafo del artículo 87, además de haber introducido la posibilidad de un contrato de operación, financiación y administración del servicio, parece también haber establecido por vía

³⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 136 a 138.

³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, cConcepto del 26 de octubre de 2016. Radicación 11001-03-06-000-2016-00002-00(2279) CP Álvaro Namén Vargas.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

de ley un régimen tarifario de libertad de fijación de tarifas por parte del contratista hacia su contratante prestador del servicio, cuando ellas devienen de dicho contrato, al que se llega por invitación pública en la cual la tarifa es un criterio para la adjudicación del mismo.

Dicha conclusión se confirma al verificar que la segunda premisa del párrafo 1º del artículo 87 ubica precisamente las tarifas allí adoptadas en un régimen especial, que excluye de forma expresa la aplicación del artículo 88 de la Ley 142 de 1994’.

Así también es el entendimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, según lo ha expresado, entre otras, en el siguiente Concepto 55231 de 2016:

‘Respecto de los contratos en los cuales pueden pactarse tarifas contractuales, es pertinente señalar que estas pueden formar parte de cualquier negocio jurídico que cumpla con las condiciones previstas en el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Tales contratos se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993, sus normas modificatorias y sus decretos reglamentarios. En este caso es clara la excepción a los principios mencionados, pues la normatividad aplicable al contrato será la del derecho público, y por otra parte, la empresa prestará el servicio y cobrará la tarifa con fundamento en el contrato celebrado. (...) No obstante, el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, al establecer los criterios que orientan el régimen tarifario, dispuso en su párrafo que en el caso en el cual se suscriban contratos mediante invitación pública para la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos, la tarifa como base para su otorgamiento, pero en todo caso las fórmulas tarifas deberán responder a los criterios de la Ley de servicios públicos, así: (...).’.

Así las cosas, el Tribunal concluye que el Contrato fue celebrado al amparo del párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, y consecuentemente, que la remuneración pactada en la Clausula Séptima es una tarifa contractual, regida por lo tanto por las normas que gobiernan los contratos en cuanto a su nacimiento, interpretación, modificación y extinción.

Todo el anterior recuento lleva al Tribunal a confirmar que, dado que las pretensiones de la Demanda Reformada relacionadas con la suficiencia de la remuneración pactada en el Contrato han de analizarse a la luz de las disposiciones legales que regulan los contratos de concesión y de las estipulaciones pactadas en el Contrato de Concesión 344 de 2010; no se debate en este proceso la regulación tarifaria del régimen de servicios públicos definida por la CRA, que incluye el régimen tarifario (libertad, libertad regulada o libertad regulada), las fórmulas tarifarias para la determinación de las tarifas que han de pagar los usuarios y como resultado de las anteriores, las tarifas propiamente dichas, esto es el costo máximo o tarifa techo que se puede cobrar al usuario o suscriptor, sin que ello quiera decir, por supuesto, que la regulación tarifaria no tenga relación con la remuneración contractual en aspectos tales como la observancia de los criterios tarifarios o la limitación de tarifas a los techos de costos definidos en la regulación.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Es ello lo que permitió al Tribunal aprehender el conocimiento de la Demanda Reformada y lo faculta para adoptar las decisiones que correspondan en relación con las pretensiones a las que se viene haciendo referencia, pues al hacerlo no estará interfiriendo, modificando o afectando de manera alguna el régimen tarifario regulatorio, como se decidió en la providencia en virtud de la cual el Tribunal se declaró competente” (páginas 178 a 186 del laudo).

c) Después de este análisis, el tribunal arbitral estudió las pretensiones relativas al primer periodo de residuos sólidos, esto es, el comprendido entre la celebración del contrato y la aplicación de la Resolución CRA 720 del 2015, para concluir que no se demostró (i) que la tarifa del primer período de residuos sólidos fuera insuficiente, (ii) que la UAESP incumpliera los deberes de revisión de la remuneración, (iii) que hubieran ocurrido eventos o situaciones que conllevaran el rompimiento del equilibrio económico del contrato; sin embargo, los árbitros encontraron que se debía acceder a las súplicas que versaban sobre el segundo periodo, es decir, el comprendido entre la Resolución CRA 720 del 2015 y la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018 por cuanto existieron tres circunstancias que desequilibraron económica y financieramente el contrato:

i) La modificación de la licencia ambiental (Resolución CAR 1351 de 2014) que impuso nuevas obligaciones sobre la disposición de residuos sólidos.

ii) La aplicación de los costos de la Resolución CRA 720 del 2015, porque la UAESP dispuso que en desarrollo del contrato se debía aplicar la nueva normativa tarifaria.

iii) La tarifa aplicada con base en la Resolución CRA 720 del 2015 fue insuficiente dado que los gastos administrativos y los costos de operación, inversión y posclausura reales del relleno sanitario entre los años 2017 y 2018 generaban un valor mayor por tonelada que era inferior a la tarifa techo establecida por la regulación de la CRA en 2015. Y, para determinar si los costos reales en que había incurrido el concesionario debían usarse para calcular el valor por tonelada, el laudo expresó lo siguiente:

“Ha de tenerse en cuenta, además, que en este caso si es admisible la consideración que hacen los peritos para razonar que los costos gastos e inversiones tenidos en cuenta para determinar la tarifa suficiente, que se reitera, son los que realmente erogó CGR, son costos eficientes,

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

*pues la consideración de que se valen para ello es que **estos costos fueron reconocidos como tales -eficientes- en la Resolución CRA 843 de 2018**, y ya está dicho que, para este efecto, la CRA tuvo en consideración los costos, gastos e inversiones acreditados por CGR para los años 2015 y 2016, los cuales fueron proyectados a partir del año 2017, para determinar los costos de referencia para la actividad de disposición de residuos sólidos en el RSDJ” (pág 285 del laudo - se resalta).*

d) Para fundamentar el monto de la condena, el panel arbitral tuvo en cuenta un dictamen pericial que calculó “*cuánto hubiera sido la remuneración del concesionario de acuerdo con las cantidades facturadas cada año para la actividad de disposición final de residuos sólidos durante el periodo comprendido entre enero de 2017 y hasta octubre de 2018, aplicando a la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA, los costos, gastos e inversiones reales del CGR Doña Juana*” (página 289 del laudo), lo cual implicó que hubo un valor menor de diecinueve mil trescientos cincuenta y dos millones ochocientos setenta y nueve mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$19.352'879,555) correspondiente al valor de la condena. En efecto, en el laudo se puntualizó lo siguiente:

“En cuanto a los nuevos requerimientos ambientales y a la aplicación de los costos de referencia de la Resolución 720 de 2015 a la fórmula de remuneración contractual, y por el incumplimiento de la UAESP de atender y remediar dicho desequilibrio, el cual asciende a la suma de \$19.352'879.555, a pesos constantes de la fecha de presentación del dictamen, por lo cual deberá ser actualizada a la fecha del Laudo, de la siguiente manera: (...) Valor actualizado = \$ 22.889.587.460” (pág 312 y 313 del laudo).

e) Finalmente, los árbitros resolvieron varias excepciones planteadas por la UAESP, entre ellas la referente a que la tarifa era de naturaleza regulatoria y no contractual; otra relativa a que el tribunal no era competente para determinar los costos eficientes que debían tenerse en cuenta para calcular la tarifa regulada y, aquella que alegaba que la insuficiencia tarifaria no era imputable a la UAESP; sobre el particular, en el laudo se consignó lo siguiente:

“2. Segunda excepción. La controversia de los costos reclamados corresponden a un supuesto de insuficiencia tarifaria.

El sustento de esta excepción se contrae, en síntesis, a afirmar que la tarifa del Contrato es regulatoria y no contractual, por lo que a la UAESP no le son imputables las modificaciones de la regulación tarifaria de la CRA, pues no es la Contratante la que fija las tarifas, de suerte tal que el remedio de que disponía el Concesionario era la

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

solicitud de modificación de los costos de referencia ante esa entidad, por lo que, en criterio de la UAESP, no proceden en este caso reclamaciones por desequilibrio económico del Contrato.

A este respecto, y por las razones expuestas a lo largo de este apartado en el sentido de que la remuneración del Contrato constituye una tarifa contractual y no regulatoria, así como sobre la procedencia de la reclamación por el rompimiento del equilibrio económico del mismo, el Tribunal declarará no probada esta excepción.

(...)

'9. Novena excepción. El Tribunal no es competente para definir un costo eficiente hipotético para los años anteriores a la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018'

Esta excepción consiste en que, según la Demandada, se está pidiendo al Tribunal 'simular una tarifa para el servicio público de aseo en sus componentes de disposición final y de tratamiento de lixiviados' lo cual desborda su competencia al exigir que "para las partes, se precise un función de los principios que gobiernan las normas imperativas del servicio público, se defina una composición de suficiencia frente a los costos de operación y de inversiones del relleno sanitario", haciendo las veces de regulador.

Dado que, como se ha afirmado tantas veces y aquí se reitera, en el presente proceso el Tribunal no se ocupa de establecer ninguna tarifa regulatoria, ni tendría por qué hacerlo, pues ello, efectivamente, corresponde privativamente al regulador. Cosa distinta es que el objeto de las pretensiones que se analizan consiste, entre otras cosas, en definir si la tarifa contractual -que se reitera, no es regulatoria- devino insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y la utilidad del Concesionario, a efectos de lo cual el Tribunal se estuvo a lo probado en el proceso, de conformidad con las reglas contractuales y las normas de la sana crítica.

Por lo tanto, esta excepción se declarará no probada.

'10. Décima excepción: La no imputabilidad de la UAESP'

La Demandada expresa que el incumplimiento de la obligación de la UAESP radica en que no se habría garantizado la suficiencia tarifaria, por no haber adoptado un marco tarifario suficiente como para cubrir los costos reales de la prestación del servicio en todos sus componentes, pues no es la UAESP la autoridad regulatoria para definir las tarifas.

El argumento, sin embargo, parte de una premisa que no es correcta; el incumplimiento que se le imputa a esa entidad no consiste en no haber adoptado un marco tarifario determinado, sino en no haber atendido sus obligaciones en cuanto a la revisión de la ecuación económica de Contrato y, de contera, no haber adoptado las medidas pertinentes para compensar al Concesionario el desequilibrio que ocurrió por causas no imputables a éste, por lo que la excepción no está llamada a prosperar" (pág 292 a 298 del laudo).

14) Luego, el panel arbitral estudió a las pretensiones sobre la insuficiencia tarifaria y el desequilibrio económico con ocasión de las actividades de tratamiento de lixiviados³².

a) En primer lugar, el panel arbitral indicó los problemas jurídicos a resolver:

“2.3.1. EN CUANTO A LA INSUFICIENCIA TARIFARIA

Los problemas jurídicos que se plantean demandan del Tribunal dilucidar la naturaleza jurídica de la remuneración pactada en el Contrato; la determinación sobre si dicha remuneración, en lo que corresponde a las actividades de tratamiento de lixiviados entre la fecha de inicio del Contrato y la de entrada en vigor de la Resolución CRA 843 DE 2018 fue objetivamente insuficiente; si así fuera, cuáles fueron las causas de dicha insuficiencia y a cuál de las partes le son imputables, teniendo en cuenta el alcance del objeto del Contrato, las obligaciones que del mismo se derivan y la distribución de riesgos pactada, así como la legalidad de esta distribución; y por último, cuáles serían las consecuencias de dichas circunstancias

2.3.2. EN CUANTO AL DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO

A este respecto, las cuestiones jurídicas a resolver consisten en determinar si ocurrieron hechos extraordinarios, imprevistos que alteraran la ecuación económica del Contrato en cuanto a las actividades de tratamiento de lixiviados, o si la UAESP incurrió en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de supervisión y revisión del Contrato sobre el mismo objeto y con el mismo efecto; y de ser el caso, cuáles serían las consecuencias de dichas circunstancias” (pág 339 y 340 del laudo – mayúsculas fijas del original).

b) Para decidir los anteriores problemas jurídicos, el tribunal distinguió dos periodos: (i) la tarifa de lixiviados desde la celebración del contrato hasta la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 y, (ii) la tarifa desde que se aplicó esta última resolución hasta la entrada en vigor de Resolución CRA 843 de 2018; el tribunal indicó que *“se remite a lo ya expuesto en relación con la naturaleza de la remuneración pactada, vale decir, a la condición de remuneración o tarifa contractual que tiene la cláusula Séptima del Contrato, así como a los efectos de dicha caracterización en cuanto a la conmutatividad de las prestaciones de las partes”* (páginas 201 y 202 del laudo).

³² Aunque el acápite se refiere también a la obligación de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, este asunto no hace parte de este cargo de anulación.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

En el primer periodo, los árbitros expusieron que la tarifa inicial no cubría los costos en los que el concesionario efectivamente debió incurrir, para lo cual compararon los valores de la tarifa inicial con una que reconociera los costos, gastos e inversiones que debía asumir un operador eficiente en un escenario de libre competencia; los árbitros se fundamentaron en un dictamen que concluyó que la tarifa no era suficiente y que tuvo dos insumos: (i) “*la metodología tarifaria empleada por la CRA en la Resolución 720 de 2015 -recuérdese que anteriormente no existía tal metodología regulatoria-*” y (ii) los “*costos eficientes*” necesarios para el relleno sanitario, que la CRA reconoció en la Resolución CRA 843 de 2018.

Lo anterior arrojó que la tarifa inicial —cuyo monto máximo había sido fijado por la UAESP y frente al cual el concesionario ofertó un descuento del 10%— “*resultó ser insuficiente para remunerar los costos, gastos e inversiones de CGR y la utilidad que tenía derecho a esperar, y que dicha circunstancia constituyó un incumplimiento imputable a la UAESP*” (páginas 444 y 445 del laudo).

d) Es especialmente relevante precisar que, en este primer periodo, el concesionario solicitó que se declarara que la UAESP desconoció el deber de suficiencia tarifaria establecido en el artículo 87 de la Ley 142; no obstante, los árbitros no accedieron a esa solicitud con apoyo en el siguiente razonamiento:

“El Tribunal ya estableció que el principio de suficiencia tarifaria hace parte del régimen tarifario regulatorio, y en tal sentido, que el cumplimiento del referido principio es asunto que atañe exclusivamente al regulador, en este caso, a la CRA.

Por ello, esta pretensión, tal como está postulada, no puede prosperar, pues no sería posible exigir a la UAESP el cumplimiento de un principio que es aplicable al regulador, de manera que tal análisis no es objeto de este proceso, ni podría serlo pues excedería de la competencia de este Tribunal.

Dicho esto, el Demandante argumenta en su alegato de conclusión que en virtud de que el parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, que consagra la posibilidad de establecer una remuneración contractual en los contratos que tienen por objeto la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, pero siempre dando cumplimiento a los criterios del citado artículo; y agrega que dicha norma, en el numeral 87.4, establece el principio de la suficiencia tarifaria, según la cual es deber de las entidades contratantes mantener el equilibrio económico financiero

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Este análisis llevará al Tribunal a determinar si el Contrato de Concesión resultó ser objetivamente conmutativo o sinalagmático -con el alcance ya expuesto-, o si por el contrario adoleció desde su celebración de una desigualdad prestacional, hasta llevar a que la ecuación contractual fuera del contrato, incluyendo la posibilidad para el contratista de obtener una utilidad.

Señala, además, que durante la etapa precontractual, la UAESP aseguró y garantizó que, con base en sus estudios, la remuneración sería suficiente para cubrir todos los costos gastos e inversiones y remunerar el patrimonio de los inversionistas, como una suerte de garantía ab initio de utilidad del contrato, con independencia de las circunstancias que pudieran darse en la etapa precontractual y hasta el momento de su celebración, respecto de lo cual el Tribunal ya estableció que las aseveraciones que hizo la UAESP en la fase precontractual en relación con la suficiencia de la remuneración han de interpretarse en el sentido de que, de conformidad con los estudios previos realizados por la entidad, la remuneración resultante de la oferta del contratista adjudicatario debería ser suficiente, asumiendo, desde luego, tanto la completitud y veracidad de la información puesta a disposición de los proponentes y la habilidad de éstos para recabar la información adicional que consideraran necesaria y para realizar sus propios análisis técnicos, económicos, regulatorios y demás.

No obstante, estos temas no tienen relación con el principio de la suficiencia tarifaria y son objeto de estudio en otros apartados del Laudo” (páginas 427 a 444 del laudo).

e) En el segundo periodo, los árbitros concluyeron, nuevamente, que hubo varias causas o circunstancias que generaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión, principalmente, los nuevos requerimientos ambientales para el tratamiento de lixiviados generados con la modificación de la licencia ambiental y la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015, motivo por el cual concluyeron lo siguiente:

“Aplicación de los costos económicos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015

Ya quedó establecido en el presente Laudo, en el capítulo correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos, que la aplicación de los costos económicos de referencia establecidos por la Resolución CRA 720 de 2015 para la determinación de la remuneración de CGR para las actividades de tratamiento de lixiviados (al igual que para las de disposición de residuos sólidos), habría debido ser objeto de una modificación del Contrato entre las partes, la cual no ocurrió como consecuencia de la imposición, por parte de la UAESP, de dicha aplicación.

También ya quedó establecido que la tarifa contractual pactada para esta actividad en la cláusula Séptima del Contrato resultó ser insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y utilidad del Concesionario, por causa imputables a la UAESP.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Así mismo, es evidente que la remuneración que percibía CGR por las actividades de tratamiento de lixiviados disminuyó sustancialmente como consecuencia de la aplicación de los costos de referencia de la Resolución CRA 720 para su determinación.

Se acreditó, igualmente, que CGR solicitó reiteradamente a la UAESP que no le fueran aplicados los mencionados costos de referencia, y que se le restableciera el desequilibrio económico ocasionado por la deficiencia de la remuneración contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados, a lo cual se negó rotundamente la UAESP aduciendo que no era procedente tal solicitud por cuanto la única solución a esta situación era que el Concesionario acudiera a la autoridad regulatoria en procura de una revisión de los costos económicos de referencia.

Lo anterior es suficiente para que el Tribunal determine que la aplicación por decisión unilateral de la UAESP de los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 para la determinación de la tarifa contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados constituye una circunstancia sobreviniente, imprevisible para el Concesionario y no imputable a él, generadora de un rompimiento del equilibrio económico del Contrato, cuyo reconocimiento le fue negado por la UAESP, a pesar de los requerimientos que se le formularon, incumpliendo con ello sus obligaciones legales de atender y adoptar medidas necesarias para restablecer el desequilibrio financiero” (páginas 481 y 482 del laudo – subrayado del original).

f) Posteriormente, los árbitros reiteraron los argumentos para denegar tres de las principales excepciones propuestas por la UAESP relativas a que (i) la tarifa era regulatoria y no contractual, (ii) que el tribunal no era competente para determinar los costos eficientes que debían tenerse en cuenta para calcular la tarifa y, (iii) que la insuficiencia tarifaria no era imputable a la UAESP.

g) En ese contexto, para determinar el monto de la condena, la decisión arbitral se basó en un dictamen que tuvo en cuenta las erogaciones reales del concesionario para el tratamiento de lixiviados; para garantizar que esos costos reales fueran eficientes, se examinaron los que fueron reconocidos en la Resolución CRA 843 de 2018, para lo cual la autoridad regulatoria estimó el costo de cada actividad, diferencia que arrojó un valor a reconocer de veinticinco mil quinientos seis millones cuatrocientos diecisiete mil doscientos veintiocho pesos (\$25.506.417.228) que, actualizados a la fecha del laudo, correspondieron a treinta mil ciento sesenta y siete millones seiscientos setenta y cuatro mil trescientos treinta y nueve pesos (\$30.167.674.339).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

h) De otro lado, puso de presente el tribunal arbitral que con antelación a la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 CRA no se había expedido regulación al respecto, razón por la cual la tarifa para el manejo de lixiviados era la establecida por la UAESP, quien en los pliegos de condiciones señaló una tarifa máxima para estas actividades; en efecto, la cláusula séptima del contrato y el numeral 1.2 del pliego de condiciones establecieron lo siguiente:

“b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el **costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX**, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCT (\$2.794=) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.
 (...).

CLMAX: costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOSMIL SETESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCT (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, valor correspondiente a estimación de los costos proyectados de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados efectuada por la UAESP. Sus actualizaciones serán efectuadas aplicando el IPC en forma mensual” (página 152 del laudo - negrillas adicionales).

i) La UAESP indicó que aunque el contrato no hiciera referencia a la normativa de la CRA, la tarifa de lixiviados no era de naturaleza contractual, porque no cumplió con el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1993 que preceptúa lo siguiente:

“PARÁGRAFO 1o. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga” (destaca la Sala).

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

15) La UAESP aduce que la norma anterior -que permitía fijar la tarifa contractualmente- no era aplicable porque quien debía fijar la tarifa era el oferente; no obstante, la Sala advierte que el artículo no limita la posibilidad de que en la configuración de la tarifa pueda participar la entidad contratante, tanto así que prevé expresamente: “*fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente*”, por manera que lo establecido en la disposición es que las tarifas deben cumplir el régimen legal en materia de tarifas de servicios públicos domiciliarios.

16) Finalmente, el recurso no indica concretamente cuál sería el acto del regulador que estaría siendo desconocido por los árbitros sin competencia para hacerlo, máxime si para el momento de suscripción del contrato no. 344 de 2010 no existía ese acto administrativo, razón por la cual no se anulará el ordinal 5º de la parte resolutive del laudo en relación con el desequilibrio contractual generado por el tratamiento de lixiviados.

17) Sobre este punto en particular, la Sala advierte que la tarifa establecida para la remuneración por la disposición final de *residuos sólidos* durante el periodo comprendido entre la fecha de celebración del contrato y la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 es un aspecto que no era susceptible de arbitraje (arbitrabilidad objetiva), toda vez que, tanto la parte convocante como la convocada reconocieron, expresa e inequívocamente, en los respectivos escritos de demanda reformada integrada (numeral 1.4) y de contestación integrada, que la tarifa prevista en la Resolución CRA 351 de 2005 era *regulada*, motivo por el cual, se insiste, no se cumplen los requisitos para que la materia fuera sometida a decisión arbitral, pues, de un lado, no era un asunto que estuviera en discusión por las partes (principio de habilitación) y, además, no era un tema de libre disposición o autorizado por la ley para ser definido en sede arbitral.

18) De otra parte, en relación con el manejo de residuos sólidos y el tratamiento de lixiviados en vigencia la Resolución CRA 720 de 2015, la Sala advierte que el recurso extraordinario de anulación tiene vocación de prosperar debido a que los árbitros se pronunciaron sobre la tarifa regulatoria, ya que para ese momento la misma estaba definida en ese acto administrativo y, por lo tanto, no susceptible

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

de ser analizada o estudiada por los árbitros, aspecto sobre el cual es necesario observar lo siguiente:

a) Si bien la tarifa inicial -esto es, para el momento de la celebración del contrato- del componente de tratamiento de lixiviados era de naturaleza contractual, a diferencia de lo ocurrido con la de residuos sólidos, lo cierto es que, con la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 las partes contractuales aplicaron las tarifas reguladas establecidas por la CRA para ambos componentes, al punto tal que, tanto CGR SA ESP como la UAESP en el año 2018 le solicitaron al regulador, expresa y puntualmente, que modificara las tarifas aplicables para el relleno sanitario Doña Juana en virtud de las particularidades del mismo.

En ese orden de ideas, no cabe duda alguna de que la tarifa se volvió *regulada* a partir del año 2015 tanto para el componente de residuos sólidos como para el manejo de lixiviados, aspecto que validaron ambas partes del negocio jurídico, por manera que, no resulta lógico o admisible, en modo alguno, aceptar que la tarifa para el manejo de lixiviados era de naturaleza contractual a lo largo de todo el plazo del contrato, a pesar de que las partes acudieron al regulador para que actualizara y modificara la tarifa aplicable al negocio jurídico.

En esa perspectiva es particularmente relevante advertir, que el panel arbitral al establecer la condena por concepto del desequilibrio por el componente de lixiviados no distinguió los periodos comprendidos entre la fecha de celebración del contrato y la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 y, entre esta y la Resolución CRA 843, pues, simplemente, concluyó que para garantizar que esos costos reales fueran eficientes se debían tener en cuenta los que fueron reconocidos en la última de las resoluciones antes mencionadas, lo cual constituye claramente una aplicación retroactiva del mencionado acto administrativo.

b) En consecuencia, los árbitros no tenían competencia para ello porque tal decisión implicaba resolver una controversia sobre un asunto que no es de libre disposición (arbitrabilidad objetiva), en la medida en que desconoce el carácter obligatorio de los precios máximos establecidos por el regulador en actos administrativos expedidos en desarrollo de su competencia, los cuales tienen

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

carácter ejecutorio y ejecutivo mientras no sean suspendidos o anulados por el juez competente.

Por lo tanto, sobre este aspecto debe repararse en el hecho de que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 dispone que la justicia arbitral puede resolver las controversias relativas *“a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*.

c) En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar en un contrato todas las estipulaciones que consideren necesarias para regular su relación, siempre y cuando no afecten el orden público.

El artículo 16 del Código Civil establece expresamente que *“no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*.

d) Con base en lo anterior, es claro que existen reglas que imperativamente se aplican sobre los contratos y no son disponibles por las partes porque interesan al orden público, dentro de esas reglas se encuentra la fijación de tarifas mediante acto administrativo por el ente regulador.

e) La limitación impuesta a los árbitros en el artículo 1º de la Ley 1563 indica, precisamente, que las controversias sobre asuntos que no sean de libre disposición (arbitrabilidad) no pueden ser resueltos por dicha jurisdicción.

f) En ese orden de ideas, las partes pueden decidir libremente acudir a la justicia arbitral para resolver las controversias en las que no estén involucrados este tipo de asuntos, es decir, de naturaleza regulatoria contenidas en actos administrativos de orden general o particular con esos efectos.

Las controversias relativas a esos asuntos no puedan ser resueltas por los árbitros, dado que en ellas la controversia versa sobre la aplicación de una tarifa obligatoria expedida por una autoridad administrativa con competencia para ello.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

g) La doctrina es clara en determinar que el contrato está regido por estipulaciones pactadas por las partes, por disposiciones legales que por su naturaleza se aplican al contrato pero que pueden ser descartadas por la libre voluntad de ellas y, por disposiciones que de manera imperativa u obligatoria deben ser aplicadas en el contrato, por manera que si lo que se discute en una controversia es la aplicación de tales disposiciones, esa controversia no puede ser dirimida por los árbitros.

h) En este caso, es claro que la controversia planteada se refería a la aplicación del régimen tarifario fijado por la CRA en la Resolución 720 del 9 de julio de 2015, tarifas vigentes durante en el período contractual comprendido entre 2015 y 2018.

i) La convocante planteó, explícita y puntualmente, que los costos máximos señalados en el acto administrativo eran insuficientes, porque no tenían en cuenta las particularidades del relleno sanitario Doña Juana; el tribunal arbitral acogió esta pretensión y condenó al pago de perjuicios, para lo cual tuvo en cuenta los costos eficientes identificados por el regulador en la Resolución 843 de 2018 (que modificó los costos de referencia definidos en la Resolución 720 de 2015 para los componentes de disposición final y tratamiento de lixiviados), de allí que estos costos se aplicaron para el período en que rigió la Resolución 720 de 2015, en otros términos, en forma retroactiva, por lo tanto, en contravía de lo expresamente dispuesto por la norma regulatoria, con lo cual si bien desde el punto de vista formal no se dijo toca o modificar dicho acto administrativo, materialmente fue trastocado en cuanto se extendieron sus efectos hacia atrás en el tiempo.

j) En aras de la naturaleza esencial de los bienes ofertados y, por consiguiente, en procura de la protección al consumidor final, el mercado de los servicios públicos domiciliarios es altamente regulado, de allí que los actos administrativos proferidos por el agente regulador son de imperativo cumplimiento; además, la modificación y/o extinción de los efectos vinculantes de dichos actos solo puede darse a través de (i) la expedición de nuevas regulaciones con efecto derogatorio ya sea de oficio o a petición de parte (en atención al procedimiento administrativo de solicitud de variación de condiciones promovido por un agente regulado) o (ii) la declaratoria de nulidad proferida por la jurisdicción contencioso administrativa.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

k) El artículo 365 de la Constitución dispone que los servicios públicos son “*inherentes a la finalidad social del Estado*”, con independencia de que su prestación se desarrolle en el marco de libertad económica, motivo por el cual el artículo 367 preceptúa que la “*ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas*” y, por su parte, el artículo 370 prescribe que el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, función que fue delegada en la CRA en el artículo 5º del Decreto 1524 de 1994.

Sobre la base de ese entendimiento, el numeral 11 del artículo 73 de la Ley 142 dispone que la CRA podrá establecer “*fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre*”.

l) En relación con el contenido y alcance de las funciones de regulación, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente³³:

“Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado. En este orden de ideas, pasa la Corte a analizar los fines que en cada caso se persiguen y los criterios constitucionales que guían la acción del Estado para alcanzarlos.

(...).

³³ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
 Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

*Pieza central del marco constitucional de la regulación de los servicios públicos es el artículo 334 de la Constitución, inciso primero, que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de ‘intervenir, por mandato de la ley, [...] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano’. Se trata aquí de una norma objetiva que impone un mandato constitucional a las autoridades públicas, incluido el Legislador, de intervenir para alcanzar los fines sociales del Estado allí enunciados. Como norma objetiva dirigida al Estado, **la intervención en la economía no constituye una mera posibilidad de actuación, sino un mandato constitucional cuyo cumplimiento puede ser judicialmente controlado. Este mandato constitucional se refuerza aun más en materia de servicios públicos con el deber de asegurar su prestación eficiente, no a algunos sino a todos los habitantes del territorio nacional** (art. 365 de la C.P.), el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 de la C.P.), **el deber de garantizar la universalidad en la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios** (arts. 365 y 367 de la C.P.), y **los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario de los servicios públicos** (art. 367 de la C.P.). Adicionalmente, la Constitución autoriza a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios a las personas de menores ingresos de forma que éstas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubren sus necesidades básicas (art. 368 de la C.P.).*

***Si bien los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, lo cierto es que el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.).** Esto porque es objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.). Tan importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)” (negritas de la Sala).*

m) Ahora bien, dentro de los posibles regímenes tarifarios que puede establecer el organismo regulador se encuentra el de libertad regulada, definido en el numeral 10 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos: “14.10. LIBERTAD REGULADA. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o

modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor”.

Y, por su parte, el artículo 87 de la Ley 142 determina cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el regulador para definir el régimen tarifario:

“ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

87.2. Por neutralidad se entiende que cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades.

87.3. Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a "fondos de solidaridad y redistribución", para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.

87.5. Por simplicidad se entiende que las fórmulas de tarifas se elaborarán en tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

87.6. *Por transparencia se entiende que el régimen tarifario será explícito y completamente público para todas las partes involucradas en el servicio, y para los usuarios.*

87.7. *Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera.*

87.8. *Toda tarifa tendrá un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras. Un cambio en estas características se considerará como un cambio en la tarifa.*

87.9. *Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.*

Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable cuando se realice enajenación o capitalización de dichos bienes o derechos.

PARÁGRAFO 1. *Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.*

PARÁGRAFO 2. *Para circunstancias o regímenes distintos a los establecidos en el párrafo anterior, podrán existir metodologías tarifarias definidas por las comisiones respectivas. Para tal efecto, se tomarán en cuenta todas las disposiciones relativas a la materia que contiene esta Ley”.*

n) En esa perspectiva, las fórmulas tarifarias tienen finalidades de orden público y son de aplicación obligatoria en el contrato, salvo las limitaciones establecidas en el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 que prevé el régimen de estabilidad tarifaria, de allí que si un juez arbitral sostiene que la regulación de la CRA que contiene las fórmulas tarifarias para el servicio público de aseo no garantiza la

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

suficiencia en la operación del relleno sanitario, desconoce lo dispuesto imperativamente por el regulador (autoridad competente), entidad que no hace parte del negocio jurídico (principio de relatividad del contrato) y, por lo tanto, no puede quedar cobijada por los efectos de pacto arbitral y, concretamente, de la cláusula compromisoria contenida en el negocio jurídico, más aún si en este caso concreto los árbitros concluyeron que la tarifa contenida en la Resolución CRA 720 de 2015 era de naturaleza contractual y, por lo tanto, no podía ser aplicada al contrato sin un acuerdo expreso de las partes, con lo cual afectaron la validez del mencionado acto administrativo, al menos para específico negocio jurídico del relleno Doña Juana.

o) Por consiguiente, la tarifa regulada será aplicable mientras la norma regulatoria correspondiente no haya sido suspendida o anulada por la jurisdicción contencioso administrativa, de modo que la sujeción a las tarifas fijadas por el regulador es una estipulación que el concesionario conoce desde el momento en que participa en el proceso de selección contractual y, especialmente, cuando suscribe el contrato y, por ende, las partes deben respetar tal regulación, sin que se trate de un asunto de libre disposición que pueda ser sometido a la resolución por la justicia arbitral, dado que ello implicaría vaciar la competencia de la respectiva comisión de regulación, en este caso concreto de la CRA.

En efecto, la tarifa se haría inaplicable o inane si en los contratos relativos a la operación de un servicio público se declara el rompimiento del equilibrio económico porque ella no es suficiente para remunerarlo, toda vez que esta circunstancia implicaría considerar que la resolución que fija la tarifa no tiene ningún efecto y puede ser desconocida de este modo por las partes o por los árbitros, con lo cual se transgrediría el contenido mismo de las disposiciones constitucionales y legales en materia de servicios públicos domiciliarios.

19) En este caso concreto, los árbitros desconocieron que la tarifa era regulada y, por consiguiente, no era susceptible de ser sometida a la justicia arbitral, tal como pasa a explicarse:

a) La cláusula séptima del contrato prevé el marco de retribución para el concesionario estableciendo las variables de cálculo para determinar tanto la

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

remuneración por disposición final de los residuos sólidos, lo mismo que la remuneración por el tratamiento de lixiviados.

Es cierto que dichos criterios de cálculo remuneratorio no estaban inicialmente afectados por una tarifa regulatoria según el artículo 10 del Decreto 891 de 2002 sobre estabilidad tarifaria, pero, el contratista desde su condición inicial de proponente conocía la posibilidad de la expedición de las resoluciones tarifarias que pudiera proferir la autoridad regulatoria, las cuales no dependen de la entidad contratante, sino de una entidad distinta a los extremos negociales y de imperativo acatamiento por parte de los mismos, aspecto que quedó expresamente consignado en los pliegos de condiciones en el apéndice 10, acápite II.

Por lo tanto, el contratista desde su condición inicial de proponente conocía que las resoluciones tarifarias que pudiera expedir el agente regulador constituían un eventual factor de riesgo a tener en cuenta, porque no dependen de la entidad contratante sino de una autoridad distinta a los extremos negociales, pero, de imperativo acatamiento por parte de los mismos.

Además, esa modificación tarifaria era una circunstancia aceptada expresamente por las partes como posible factor desencadenante de desequilibrio económico del contrato; sin embargo, ni los pliegos de condiciones base del contrato ni la minuta del negocio jurídico autorizaban aplicar de manera retroactiva las tarifas previstas en los actos administrativos proferidos por las autoridades regulatorias que, fue lo que real y finalmente ocurrió por cuenta de la decisión arbitral, debido a que los árbitros modularon en el tiempo los efectos de los actos regulatorios, con lo cual el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato implicó, inequívocamente, la alteración o modificación de un acto administrativo expedido por la autoridad regulatoria, asunto para el cual, evidentemente, carecían de competencia.

b) Con la expedición de la Resolución CRA 720 de 2015 el agente regulador introdujo nuevas modificaciones tarifarias que tienen impacto en el modelo de retribución ya que la UAESP dispuso que en desarrollo del contrato se debía aplicar la nueva normativa tarifaria.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

Por consiguiente, la UAESP no podía sustraerse del cumplimiento de las nuevas tarifas establecidas por el regulador y el consorcio podía solicitar la modificación de dichas condiciones para lo cual era necesario demostrar la afectación al equilibrio económico del contrato, pero, dicha petición no se promovía ante la entidad contratante (UAESP) sino directamente ante el agente regulador (CRA); en este caso concreto, la solicitud de reajuste de la tarifa se adelantó solo hasta 2018 con coadyuvancia de la UAESP, circunstancia que motivó la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018, por medio de la cual se modificaron los componentes de la tarifa de disposición final y el costo de tratamiento de lixiviados.

c) La Resolución CRA 720 de 2015 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. RÉGIMEN DE REGULACIÓN TARIFARIA. El régimen de regulación tarifaria para las personas prestadoras incluidas en el ámbito de aplicación de la presente resolución será el de libertad regulada.

ARTÍCULO 3. METODOLOGÍA TARIFARIA. La metodología tarifaria que se adopta mediante la presente resolución es de precio techo, lo cual implica que las personas prestadoras del servicio público de aseo podrán, en cualquier momento, y con observancia de las disposiciones relativas a la competencia, a la información y a los suscriptores, cobrar hasta el límite que constituye su precio máximo calculado con base en lo aquí establecido, siempre que éste sea el adoptado por la Entidad Tarifaria Local”.

d) Como se desprende de lo anterior, la regulación determinó unas tarifas techo que no podían ser desconocidas en el contrato, de allí que la norma era de obligatoria aplicación al contrato y la discusión sobre esta materia no podía ser materia de arbitraje por no ser de carácter transigible o disponible ni estar expresamente autorizada por el legislador (arbitrabilidad objetiva); luego, la CRA expidió la Resolución CRA 843 de 2018, que expresamente modificó el costo de referencia a raíz de una solicitud presentada por Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP, lo cual denota que la decisión arbitral invadió las esferas regulatorias que imperativamente se aplicaban al contrato, sin contar con competencia para hacerlo, con lo cual se configuró la causal de anulación invocada por la entidad pública convocada, esto es, la falta de jurisdicción y de competencia del panel arbitral.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

e) La Resolución CRA 720 de 2015 estableció costos máximos de disposición final y tratamiento de lixiviados en sus artículos 28³⁴ y 32³⁵, los cuales correspondían a disposiciones de orden público adoptadas por la entidad regulatoria.

f) Por su parte, la Resolución CRA 843 de 2018 en relación con la vigencia dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. ACUERDO. Teniendo en cuenta que la causal invocada por el solicitante es de mutuo acuerdo, esta resolución solo entrará en aplicación si de forma expresa y escrita, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., por conducto de su Representante Legal, o quien haga sus veces, manifiesta su acuerdo con lo aquí resuelto en relación con el Costo Económico de Referencia para el Componente de Disposición Final (CDF) y el Costo Económico de Referencia para el componente de Tratamiento de Lixiviados (CTL), según los artículos primero y segundo de la presente resolución.

En caso de existir desacuerdo o que no sea recibida comunicación alguna, la referida empresa deberá continuar aplicando el Costo de Disposición Final y el Costo de Tratamiento de Lixiviados de la Resolución CRA 720 de 2015” (se destaca).

Como se advierte, la regulación particular para el contrato no. 344 de 2010 expedida por la CRA y contenida en la Resolución 843 de 2018 tenía vigencia tan solo “*hacia futuro*”, por manera que, los árbitros no podían modular temporalmente su vigencia so pretexto de restablecer el equilibrio económico del contrato durante el periodo comprendido entre los años 2015 a 2018.

g) El tribunal arbitral se pronunció y decidió sobre la insuficiencia tarifaria de la Resolución CRA 720 del 9 de julio de 2015, tanto en materia de residuos sólidos como en el tratamiento de lixiviados, pues, esta normativa se aplicaba al contrato por ser de orden público.

³⁴ “ARTÍCULO 28. COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL (CDF). El costo máximo a reconocer por la actividad de disposición final, está dado por: [establece la fórmula tarifaria]”.

³⁵ “ARTÍCULO 32. COSTO DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS (CTL). El costo máximo de tratamiento de lixiviados por metro cúbico (CTLM) se calculará con las funciones a continuación y los escenarios por objetivo de calidad que se encuentran definidos en el ANEXO II, el cual hace parte integral de la presente resolución”.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

En relación con la regulación tarifaria de residuos sólidos y lixiviados, el tribunal tuvo en cuenta los costos eficientes que fueron reconocidos en la Resolución CRA 843 de 2018, la cual no podía ser aplicada retroactivamente, por cuanto eso supondría modificar o modular los efectos temporales de la misma.

De la sola lectura del laudo se desprende, de manera inequívoca, que los árbitros le dieron una aplicación retroactiva a una regulación que solo podía aplicarse hacia futuro por expresa disposición de la CRA:

*“Finalmente, el perito de contradicción señala que la nueva tarifa de la Resolución 843 de 2018, incorpora la tarifa de CPC, por lo que, en su entender, dada la ‘no retroactividad’ de la mencionada Resolución, dicho concepto sí estaría cubierto. **Este argumento, sin embargo, no es de recibo, como quiera que el hecho de que la Resolución CRA 843 de 2018 tuviera solamente efectos hacia el futuro y no retroactivos, es lo que hace que una insuficiencia previa de la tarifa no quede remunerada con la aplicación de esta nueva regulación**” (pág 288 del laudo - destaca la Sala).*

h) El laudo proferido -fundamentado en una experticia- reconoció con efectos retroactivos las diferencias tarifarias en el interregno temporal 2015 (con la expedición de la Resolución CRA 720) a 2018 (Resolución CRA 843) y, por lo tanto, modificó la regulación tarifaria vigente para dicho período de ejecución contractual, lo cual constituye una clara extralimitación de la competencia funcional y, de otra parte, aplicó con efecto retroactivo una regulación tarifaria que por expresa disposición del regulador solo regía hacia el futuro, lo cual configura en una transgresión palmaria de orden reglamentario.

i) Por manera que, en este caso concreto, los árbitros so pretexto de restablecer el equilibrio económico del contrato terminaron modulando los efectos temporales del acto administrativo proferido por la CRA, es decir, una autoridad regulatoria que no hacía parte del contrato, lo cual implicó, de una parte, desconocer el principio de relatividad de los contratos y, de otra, modular los efectos temporales de un acto administrativo proferido por una entidad regulatoria externa a las partes contratantes.

j) De igual manera, debe ponerse de presente que, si bien la Resolución CRA 843 de 2018 fue expedida para este específico contrato, es decir, el contrato no.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

344 de 2010, lo cierto es que los árbitros no tenían competencia para analizar la legalidad del referido acto administrativo ni para modular o alterar sus efectos temporales, pues, se insiste, se trata de una decisión administrativa proferida por una entidad distinta a la contratante y que contiene una tarifa regulada, razón por la cual era una materia no susceptible de ser sometida a arbitraje.

k) En síntesis, el tribunal arbitral materialmente juzgó y moduló los efectos en el tiempo de un acto administrativo de contenido regulatorio, proferido por una entidad distinta a la contratante, lo cual pone en evidencia que está configurada la causal de anulación de falta de jurisdicción y de competencia, tal como lo puso de presente la UAESP a lo largo del trámite arbitral.

l) En atención a lo expuesto, se concluye que el tribunal arbitral carecía de competencia en tanto que la materia sobre la cual se pronunció se separa de la arbitrabilidad objetiva³⁶, dado que no era de libre disposición de las partes ni mediaba autorización legal para su conocimiento, por cuanto los extremos del contrato no podían separarse de los mandatos de la CRA y, por tanto, la controversia no era de naturaleza contractual³⁷.

m) De acuerdo con lo anterior, se declarará la nulidad de las decisiones relacionadas con los residuos sólidos y de tratamiento de lixiviados, con excepción de la decisión sobre la insuficiencia de la tarifa pactada inicialmente, es decir, el ordinal quinto de la parte resolutive del laudo. En ese sentido, la Sala declarará la nulidad de los ordinales sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero y decimocuarto de la parte resolutive del laudo objeto de impugnación.

³⁶ “Para la Corte, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no pueden derogar los particulares por medio de un pacto arbitral; los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo (...)” Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷ “Y a juicio de la Sala resulta claro que las controversias originadas en obligaciones impuestas por la ley, en las que va envuelto el orden público, como las atinentes al uso de los bienes públicos, sobre las que el fisco o el sujeto recaudador no tiene la facultad de renunciar o transigir escapan a la competencia de los árbitros” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente no. 41.064.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

20) En consecuencia, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, se remitirá el asunto al Tribunal Administrativo Cundinamarca para lo de su competencia; el tribunal es competente en virtud del numeral 4 del artículo 152 del CPACA que establece que dicha corporación conoce en primera instancia de los procesos “*relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes (...) cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

21) Finalmente, el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) prevé que la sentencia que anule el laudo total o parcialmente ordenará las restituciones a que hubiere lugar; en este caso concreto no existió imposición de costas en el proceso arbitral, motivo por el cual no se ordenarán restituciones mutuas a cargo de las partes.

5. Costas

La Sala condenará en costas a la sociedad contratista recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 según el cual “*si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente*” y se abstendrá de condenar en costas a la UAESP, por cuanto el recurso interpuesto por esta entidad prosperó parcialmente.

En los términos del numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho se fijan en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, las cuales estarán a cargo de la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP en favor de la UAESP.

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,

F A L L A :

1°) Declárase infundado el recurso extraordinario de anulación promovido por la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP en contra del laudo arbitral del 11 de abril de 2023.

Expediente: 11001032600020230011300 (70.145)
Convocante: Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP
Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral

2º) Declárase parcialmente fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) en contra del laudo arbitral del 11 de abril de 2023, por lo tanto, **decláranse** nulos los ordinales sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero y decimocuarto del laudo arbitral proferido el 11 de abril de 2023 proferido por un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los precisos términos de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3º) En consecuencia, en los demás aspectos decididos el laudo queda en firme por no haber sido afectados con la declaración de nulidad.

4º) Remítase por Secretaría de la Sección el expediente a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral).

5º) Condénase a la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana SA ESP a pagar por concepto de agencias en derecho la suma de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes en favor de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP).

6º) Ejecutoriada esta providencia **comuníquese** a las partes y al tribunal de arbitramento por el medio más expedito y **efectúense** las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
Salvamento parcial de voto

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Conjuez

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.