



Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Controversia resuelta en sentencia de revisión de tutela / SENTENCIA DE REEMPLAZO - Ordenada en sentencia de revisión de tutela no admite nuevo cuestionamiento

[L]a alegación de la parte actora en torno a este punto se encamina a desconocer las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional [en la sentencia SU-173 de 2015] y a pretender revivir el fallo dictado por el Consejo de Estado el 13 de mayo de 2009 que fue dejado sin efectos, reviviendo una discusión que se encuentra debidamente resuelta. 3.4.2.7. Sobre la cosa juzgada constitucional que, en torno a la alegación de la parte actora, se configuró en el caso concreto, con ocasión del fallo proferido por la Corte Constitucional se advierte que, con fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política de 1991 “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que, en el marco del control concreto, las acciones de tutela también están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica. (...) [De otro lado], la Sala advierte que la sentencia del 20 de septiembre de 2017 se dictó en cumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela dictado por la Corte Constitucional –SU-173 de 2015–, que en forma concreta dispuso: “b) Pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por los cargos contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios del uso de la competencia del Juez contencioso en la materia, acorde con los lineamientos señalados en esta sentencia.”. 3.4.3.3. De la referida decisión y lineamientos no le era dable apartarse a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de tal manera que la decisión de cumplimiento de una orden de tutela no es posible cuestionarla nuevamente, por lo que los cargos no están llamados prosperar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 243

NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro sin medio magnético a la fecha 03/05/2019.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03318-01(AC)





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

**Actor: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS S.A., DISELECSA S.A.
Y OTRO**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A
Y TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE
BOGOTÁ**

Temas: Acción de tutela contra laudos arbitrales – requisitos de procedibilidad adjetiva – análisis del requisito de inmediatez cuando se ha presentado recurso extraordinario de anulación por la misma causal – procedencia de la tutela contra sentencias que se profieren en cumplimiento de fallos de tutela.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia del **8 de marzo de 2019**, dictada por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que **declaró improcedente**¹ la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1. Mediante escrito radicado el **13 de septiembre de 2018**², en la Secretaría General del Consejo de Estado, las sociedades **Distribuciones Eléctricas de Sabanas S.A. DISELECSA S.A.**³ e **Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. ISM**, quienes conformaron la Unión Temporal **DISELECSA LTDA. e I.S.M. S.A.**, domiciliadas en la ciudad de Barranquilla, por intermedio de apoderado judicial, ejercieron acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena y contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros William Namén Vargas, Luis Fernando Villegas Gutiérrez y José Joaquín Bernal Ardila, convocado para dirimir las controversias contractuales surgidas entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal accionante, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso “– principio de legalidad como componente del debido proceso–”.

1.2. Tales derechos y principio los consideró vulnerados con ocasión de las siguientes providencias:

¹ Lo anterior, por considerar que no concurría el requisito de inmediatez en relación con los cuestionamientos realizados contra el laudo arbitral y, con respecto a las sentencias proferidas en el recurso de anulación y los autos aclaratorios, la petición de amparo carecía de relevancia constitucional.

² Ver folio 1 del expediente de tutela.

³ La sociedad inicialmente se había constituido como de responsabilidad limitada, transformándose en anónima según escritura pública número 1.181 del 27 de noviembre de 1991.





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

1.2.1. El Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2007, dictado por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá integrado para dirimir la controversia, que en su parte resolutive dispuso declaraciones y condenas en contra de la Unión Temporal referida.

1.2.2. El auto complementario al laudo arbitral, dictado el 23 de agosto de 2007.

1.2.3. La sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, dentro del proceso con radicado No. 11001032600020070005800, por medio de la cual se declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por la unión temporal DISELECSA S.A. e I.S.M. S.A. contra el Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2017.

1.2.4. El auto del 7 de diciembre de 2017, dictado por la misma autoridad judicial que negó las solicitudes de adición y complementación de la sentencia del 20 de septiembre de 2017.

1.2.5. El auto del 7 de marzo de 2018, que negó la solicitud de aclaración de la sentencia del 20 de septiembre de 2017.

2. Pretensiones

A título de amparo constitucional, las sociedades accionantes solicitaron:

“... ”

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS el Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2007, proferido por el TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS ENTRE EL MUNICIPIO DE NEIVA Y LA UNIÓN TEMPORAL CONFORMADA POR LAS SOCIEDADES DISELECSA LTDA. e ISM S.A. POR LOS ÁRBITROS WILLIAM NAMÉN VARGAS, LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ Y JOSÉ JOAQUIN BERNAL ARDILA, así como su auto complementario de agosto 23 de 2007.

TERCERO. DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2017 y los autos de 7 de diciembre de 2017 y 7 de marzo de 2018, proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo”.⁴ (Mayúsculas incluidas en el texto)

3. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los hechos que a continuación se relacionan, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

3.1. Hechos relacionados con la celebración del contrato de concesión

3.1.1 Entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., se celebró el 31 de diciembre de 1997 el “*contrato de concesión para el*

⁴ Folio 48 del cuaderno número 1 del expediente de tutela.





mantenimiento y la operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en todo el territorio del Municipio de Neiva incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos necesarios para la repotenciación y la expansión del sistema”.

3.1.1.1. En el referido contrato se tuvo en cuenta que la Unión Temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., en su propuesta presentó un presupuesto de inversión para repotenciación de la iluminación, sobre la base de 18.113 luminarias, indicando el valor unitario de cada ítem de material y de mano de obra así como los costos indirectos AIU, para un total de inversión inicial de \$5.278'209.103.

3.1.1.2. La Unión Temporal presupuestó los costos de operación y mantenimiento para 20.283 luminarias existentes en un valor de \$557'749.536 anual y calculó en \$9.134'003.531 -en valor presente a diciembre de 1997- el costo de dicho rubro durante los 20 años de duración de la concesión.

3.1.2. En la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión, las partes convinieron que las controversias contractuales que surgieran por la interpretación, ejecución y liquidación del contrato serían resueltas por un Tribunal de Arbitramento que dictaría la decisión en derecho.

3.2. Hechos relacionados con el Tribunal de Arbitramento convocado por el Municipio de Neiva

3.2.1. Mediante memorial radicado el 24 de agosto de 2006, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, por intermedio de apoderada, el Municipio de Neiva solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver una serie de controversias derivadas del contrato de concesión. Las pretensiones formuladas por el Municipio en la demanda arbitral fueron, entre otras, las siguientes:

“A. PRINCIPALES:

‘PRIMERA: *Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la Unión Temporal DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA.-DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados por el índice de Precios al Consumidor (IPC).’*





‘SEGUNDA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA. e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, incrementando dicho valor por el índice de Precios al Consumidor.’

‘TERCERA: Que se declare que la suma de \$288.880.149, cobrada y recibida por la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. I.S.M. S.A. conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", en el mes de marzo de 2.004, para corregir las diferencias presentadas en el rubro de repotenciación (suministro y montaje), acumulado a octubre 31 de 2000, entre la rendición de cuentas a octubre 31 de 2.000 cuadro "MOVIMIENTO DE EFECTIVO ACUMULADO A OCTUBRE DEL 2.000" (\$4.730.569.859) y el que aparece en el Informe de Cuentas Fiduciario correspondiente al período de enero a diciembre de 2.000 (\$4.440.589.710), ya había sido pagada y recibida al (sic) Concesionario.’

‘CUARTA: Que se declare que la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. -I.S.M. S.A., conformada por las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A.", tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en segundo lugar, en el índice de precios al Consumidor.’

...”

3.2.2. El Tribunal de Arbitramento fue instalado el 7 de septiembre de 2006 y en el mismo se designaron como árbitros a los doctores José Joaquín Bernal Ardila, Luis Fernando Villegas Gutiérrez y William Namén Vargas.

3.2.3. Las sociedades Distribuciones Eléctricas de Sabanas Ltda. -DISELECSA LTDA- e Ingeniería, Suministros, Montajes y Construcciones S.A. -I.S.M. S.A.- integrantes de la Unión Temporal DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., como parte convocada, en escritos separados, pero de igual contenido, se opusieron a las pretensiones de la demanda.

3.2.4. Así mismo, los integrantes de la Unión Temporal (convocada), por intermedio de sus respectivos apoderados y en escritos separados, presentaron demandas de reconvención contra el Municipio de Neiva.



3.2.5. Surtido el trámite prearbitral y arbitral, se fijó la audiencia para dictar el fallo para el 14 de agosto de 2007, fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo en el siguiente sentido:

“PRIMERO.- Declarar impróspera la objeción por error grave contra el dictamen pericial financiero rendido por el perito **JULIO E. VILLARREAL NAVARRO** y frente a la experticia de **VANCAST & ASOCIADOS LTDA.**, por lo expuesto en la parte motiva.

‘SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por la Parte Convocada contra la demanda principal y su reforma, denominadas "Buena fe contractual por parte de los miembros de la Unión Temporal en la ejecución del Contrato de Concesión" y "Cumplimiento total de las obligaciones contractuales y legales a cargo de los miembros de la Unión Temporal", las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.’

‘Respecto de las excepciones denominadas "Ausencia de Legitimación en la causa activa"; "Ausencia de Legitimación en la causa pasiva"; "Ausencia de causa para pedir"; "Ausencia total de presupuestos para deducir el insinuado incumplimiento de las obligaciones a cargo de los miembros de la Unión Temporal"; "Validez e intangibilidad del contrato (Pacta Sunt Servanda)"; "Culpa grave del Municipio de Neiva al contravenir sus propios actos"; "Irrevocabilidad de la oferta aceptada por el Municipio de Neiva"; "El Municipio de Neiva está invocando su propia culpa para demandar incumplimientos que no existen"; "Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para dirimir controversias contractuales entre la Fiduciaria y los Beneficiarios del Contrato de Fiducia", " Abuso del derecho de litigar por parte del Municipio de Neiva"; "Petición de modo indebido"; "Inexistencia de la obligación de revisar el Contrato" y "La convocatoria está dirigida a obtener en conciencia y no en derecho la revisión del Contrato de Concesión", se declaran no probadas y, por tanto, se rechazan.’

‘Con relación a las excepciones denominadas "Inexistencia absoluta de imprevisión contractual justificativa de la revisión del contrato"; Ausencia total de presupuestos para invocar el desequilibrio financiero o de cualquier otra índole entre los contratantes", no hay lugar a pronunciamiento, por estar referidas a las pretensiones subsidiarias respecto de las cuales no hubo necesidad de pronunciamiento, por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.’

‘TERCERO: Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. SA"**, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión para el Mantenimiento y la Operación de la Infraestructura del Servicio de Alumbrado Público en todo el Territorio del Municipio de Neiva, incluyendo el Suministro e Instalación de Luminarias y Accesorios necesarios para la Repotenciación y Expansión del Sistema, celebrado el 31 de diciembre de 1.997 con el Municipio de Neiva, tiene derecho a recibir como remuneración por el suministro y montaje de luminarias y la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado, solamente los costos propuestos por el Concesionario en su oferta del 22 de diciembre de 1997 para cada ítem del





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

componente de suministro y montaje, y del componente de operación y mantenimiento, indexados los últimos con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación de los costos del componente de suministro y montaje con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'**CUARTO:** Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. S.A.**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA** e **INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA"**, tiene derecho a recibir como remuneración por concepto de suministro y montaje de luminarias solamente el valor unitario propuesto en su oferta del 22 de diciembre de 1997, multiplicado por el número de luminarias efectivamente suministradas e instaladas por el Concesionario, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'Se niega esta pretensión en lo que respecta a la indexación con el índice de Precios al Consumidor (IPC), con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'**QUINTO:** Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. SA**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA** e **INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA"**, tiene derecho a recibir por concepto de operación y mantenimiento solamente los costos propuestos en su oferta del 22 de diciembre de 1997 y aceptados por el Municipio de Neiva, ajustados, en primer lugar, en el número de luminarias que efectivamente hayan sido objeto de operación y mantenimiento por parte del Concesionario y, en segundo lugar, en el índice de Precios al Consumidor, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'**SEXTO:** Declarar que los excedentes del flujo de caja del proyecto una vez ajustado el mismo tanto en sus ingresos como egresos, con base en los supuestos o variables macroeconómicas de la propuesta, deben destinarse a la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio de Neiva y que los recursos sobrantes a la terminación del contrato deben restituirse al Municipio de Neiva con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.'

'**SÉPTIMO:** Declarar que la Unión Temporal **DISELECSA LTDA - I.S.M. SA**, conformada por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA** e **INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. SA"**, tiene derecho a destinar a publicidad, seguros y contingencias como máximo las sumas de dinero previstas para estos ítems en el flujo financiero proyectado, ajustadas en el índice de Precios al Consumidor (IPC) y que, dentro de dicho límite, las sumas de dinero a (sic) que tiene derecho a cobrar y recibir son aquellas que efectivamente hayan sido





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

destinadas a publicidad, seguros o contingencias, con el entendimiento, los alcances y en los estrictos términos expuestos en la parte motiva.

‘OCTAVO: Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S A "I.S.M. S A"**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE CON VEINTIDÓS CENTAVOS (\$4.682.979.352,22), que contiene su actualización, recibida en exceso por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. SA, sobre la que contractualmente tenía derecho por operación y mantenimiento, habida consideración del menor alcance del servicio de operación y mantenimiento de las luminarias existentes y también del incremento de precios efectuado por encima del IPC, para lo cual deberán entregar a dicho patrimonio autónomo tales sumas en día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.’

‘NOVENO: Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. S.A."**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$5.437.25.3.791,58) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.’

‘DÉCIMO: Las condenas impuestas en las decisiones precedentes, serán cumplidas en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con éste y la Sentencia C-189 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo, por lo expuesto en la parte motiva.’

‘DÉCIMO PRIMERO: Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda principal y en su reforma presentada por el Municipio de Neiva y, abstenerse de decidir las pretensiones subsidiarias en virtud de la prosperidad de las respectivas principales, por lo expuesto en la parte motiva.’

‘DÉCIMO SEGUNDO: Reconocer fundamento a las excepciones interpuestas por el Municipio de Neiva, contra las demandas de reconvención presentadas por las





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

sociedades *DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A."*, denominadas *"Cumplimiento total de las obligaciones por parte del Municipio de Neiva"* e *"Ilegitimidad de lo pretendido por inexistencia de la obligación"*, las cuales por ello prosperan, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.'

'Respecto de las excepciones denominadas "Incumplimiento de la demandante en reconvencción" y "Falta de buena fe de la demandante en reconvencción" el Tribunal las declara no probadas y, respecto de las denominadas "Pretensión de enriquecimiento sin causa"; "Actuación del Municipio de Neiva de conformidad con lo dispuesto en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo"; "Inexistencia de un daño del que pueda derivarse una indemnización."; "Rompimiento de la ecuación financiera y económica del contrato" y "Genérica" se abstiene de decidir las por la prosperidad de las otras, en los estrictos términos y por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo.'

'DÉCIMO TERCERO: *Denegar las pretensiones declarativas y de condena formuladas en las demandas de reconvencción presentadas, por las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A."** contra **EL MUNICIPIO DE NEIVA** por lo expuesto en la parte motiva.'*

...”

3.2.6. Mediante providencia de 23 de agosto de 2007, el Tribunal, a solicitud de las partes, aclaró el laudo arbitral, en los siguientes términos:

“PRIMERO: *Aclarar y corregir el numeral noveno de la parte resolutive del laudo arbitral proferido el 14 de agosto de 2007 y, cuyo texto, en consecuencia, se sustituye y quedará como se indica a continuación:*

“NOVENO: *Condenar solidariamente a las sociedades **DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. I.S.M S.A.**, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la **UNIÓN TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A.** y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de **SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$ 6.545'073.556,18)** ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la **UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A.**, a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.”*

3.3. Hechos relacionados con el recurso de anulación del laudo arbitral

3.3.1. En escrito presentado el 30 de agosto de 2007, según certificación expedida por el Presidente del Tribunal de Arbitramento, la Unión Temporal, por intermedio de apoderado, interpuso el recurso de anulación invocando las causales





consagradas en “los numerales 2, 4, y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998.”

3.3.1.1. El impugnante sustentó el recurso ante la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2008; a propósito de la causal 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...*”, señaló que el laudo fue dictado en equidad, como se desprende del numeral noveno de la parte resolutive, mediante el cual se condenó a las sociedades concesionarias a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión, la suma de \$5.437.253.791,58 modificada por la corrección del laudo en \$6.545'073.556,18, recibida por la Unión Temporal concesionaria, a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente.

3.3.1.2. El recurrente consideró que el Tribunal de Arbitramento, para fundamentar la referida condena, interpretó que la TIR⁵ en el flujo financiero proyectado obedecía, en estricto sentido, a la utilidad razonable por operación y mantenimiento que, estimó en un porcentaje del 8%, idéntico al contemplado para el suministro e instalación, rentabilidad que consideró “razonable” sin consultar el riesgo asumido que, a juicio del recurrente, estaba explícitamente cuantificado en los documentos integrantes de la oferta del concesionario que fue aceptada por el Municipio, en la cual se estableció que la TIR del proyecto se estimaba en un 38%.

3.3.1.3. Con respecto a las causales 4 y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, “*haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*” y “*no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento*”, respectivamente, la parte actora señaló, en cuanto a la causal 4^o, que las condenas aplicadas en el laudo debían ser consecuencia de unas decisiones declarativas.

3.3.1.4. En lo que se refiere a la causal consagrada en el numeral 5^o, afirmó que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las excepciones de cumplimiento del contrato y de buena fe, aceptándolas, pero no se refirió a sus consecuencias y consideró que para resolver de fondo sobre las pretensiones auxiliares de restablecimiento del equilibrio económico del contrato debió pronunciarse sobre la excepción de falta de presupuestos para invocar el citado desequilibrio.

3.3.2. Dentro del término legal, el Municipio de Neiva, por intermedio de apoderada, se opuso a las pretensiones del recurso de anulación.

3.3.3. Mediante providencia del 13 de mayo de 2009, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, se anuló la totalidad del laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario de 23 de agosto del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento, al encontrar probada la causal 2^a del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*” y se advirtió que, como consecuencia de la

⁵ Tasa interna de retorno





anulación, la controversia no había quedado resuelta, razón por la cual las partes podían acudir nuevamente a los estrados para dirimirla.⁶

3.3.3.1. Lo anterior, por considerar que la conclusión a la cual arribó el Tribunal en relación con la tasa de retorno no tiene fundamento en los documentos contractuales, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%; toda vez que en el formulario No 7 del pliego contentivo del presupuesto para la operación y mantenimiento tan solo aparece determinado el tipo de luminarias y las cantidades solicitadas debiendo el proponente diligenciar el valor unitario y total al momento de presentar la propuesta.

3.3.3.2. En la sentencia se precisó que si se examina la propuesta presentada por el concesionario, en ella no se advierte que hubiera hecho un ofrecimiento para los costos de operación y mantenimiento que reportaran una utilidad del 8%, prueba de ello es que en los formularios 7 y 8 diligenciados por el concesionario, (que hacen parte de su oferta la cual fue aceptada por el Municipio,) en los cuales se ven reflejados los costos de operación y mantenimiento no aparece un rubro denominado utilidad, tal como lo reconoce el propio Tribunal, toda vez que el esquema utilizado para calcularlos, fue diferente al de costos directos e indirectos, lo cual –a su juicio– constituye prueba de que el Tribunal de Arbitramento se apartó de la prueba.

3.3.3.3. Señaló que en el contrato de concesión no aparece alguna estipulación en este sentido, puesto que las cláusulas, tercera y décima octava, referidas al valor del contrato y a la remuneración del concesionario, no consagran el porcentaje del 8% por concepto de utilidad para la operación y el mantenimiento.

3.3.3.4. Consideró que las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Arbitramento que no encontraron soporte probatorio alguno en el expediente son las que *“comportan un fallo en equidad o en conciencia, puesto que al entender que no se había estipulado una utilidad para las actividades de operación y mantenimiento desplegadas por el concesionario, consideró equitativo estimar una utilidad razonable del 8% para este rubro, con el fin de compensar, de alguna manera, al concesionario, sin que su decisión se hubiere fundado en algunas de las regulaciones contenidas en el pliego o en las estipulaciones contractuales o en prueba pericial practicada en el proceso. Adicionalmente el Tribunal asimiló esta utilidad del 8% a la TIR del proyecto.”*

3.4. Hechos relacionados con la acción de tutela ejercida contra la sentencia proferida en sede de anulación el 13 de mayo de 2009

3.4.1. El entonces Senador Rodrigo Lara Restrepo, en dicha calidad, interpuso acción de tutela contra la sentencia dictada por el Consejo de Estado – Sección

⁶ El fallo citado fue suscrito con dos (2) salvamentos de voto por parte de los Consejeros Ruth Stella Correa y Ramiro Saavedra, según los cuales, al considerar la mayoría de la Sala que el fallo del Tribunal fue en equidad desbordó el ámbito de competencia del recurso de anulación. Los magistrados disidentes estimaron que los árbitros hicieron un ejercicio de interpretación jurídica, en el cual, la oferta, el pliego de condiciones, el contrato y otros anexos fueron valorados de tal modo que sirvieron de soporte a lo resuelto en el laudo. Adicionalmente, observaron que la valoración probatoria efectuada por el grupo de árbitros, consolidaba la conclusión de estar frente a un fallo en derecho y no frente a una decisión en conciencia.



Tercera el 13 de mayo de 2009, alegando que se incurrió en defectos orgánico y procedimental absoluto, que –en su sentir– vulneraron el derecho fundamental al debido proceso y en conexidad con éste la seguridad jurídica, la confianza legítima y el patrimonio público.

3.4.2. Mediante escrito del 14 de diciembre de 2009, el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Neiva, en su condición de representante judicial del ente territorial, coadyuvó la acción de tutela con el fin de que se modificara la decisión adoptada el 13 de mayo de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en salvaguarda de los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección del patrimonio público, o en su defecto, *“para que se dicte fallo de sustitución que restablezca el ejercicio de las garantías constitucionales”*.

Para el representante del municipio en el fallo censurado se incurrió en errores que viciaban la sentencia, afectaban su legalidad y debía ser corregidos por esta vía, teniendo en cuenta que no existía otro medio de defensa judicial. En ese orden consideró que la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en *i)* defecto orgánico en cuanto asumió una competencia no atribuida a esta, toda vez que se convirtió en juez de segunda instancia al pronunciarse sobre el fondo del proceso y de su acervo probatorio, lo cual le estaba vedado al resolverse el recurso de anulación. Igualmente, alegó la existencia de un *ii)* defecto procedimental, teniendo en cuenta que asumió la competencia como si fuera un trámite de segunda instancia, manifestándose sobre el fondo del asunto, cuando se trataba de un trámite de única instancia.

3.4.3. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia del 4 de febrero de 2010 rechazó la acción por falta de legitimación en la causa por activa por considerar que el senador no podía interponerla en nombre propio ni se configuraban los presupuestos de la agencia oficiosa.

3.4.4. En segunda instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 5 de agosto de 2010, confirmó la decisión de rechazo pero no por la falta de legitimación por activa, sino por haber sido promovida con el objeto de cuestionar un laudo arbitral cuyos efectos se asemejan a una sentencia judicial, de manera que la tutela resulta improcedente para tales fines.

3.4.5. La acción de tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión, corporación que profirió la sentencia SU-173 de 2015 en la que consideró que efectivamente el senador accionante carecía de legitimación en la causa por activa pero que el municipio de Neiva, no obstante haber presentado su intervención como coadyuvante, en realidad instaura una acción principal que lo ubica en calidad de actor de la causa, al solicitar oportunamente la protección de sus derechos fundamentales, que considera conculcados mediante la providencia de 13 de mayo de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

3.4.5.1. Al abordar el estudio de fondo del asunto, por encontrar superados los requisitos de procedibilidad adjetiva, decidió amparar el debido proceso del Municipio de Neiva, en los siguientes términos:

“SEGUNDO:...





...

2.3. CONCEDER el amparo por vía de tutela del derecho al debido proceso del Municipio de Neiva, vulnerado por la anulación que otorgó la Sentencia de 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre el laudo arbitral de 14 de agosto de 2007 y su auto complementario de agosto 23 de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **DEJAR** sin efecto la anulación ordenada por dicha providencia.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente de anulación a la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el fin de que mediante fallo **RESUELVA** el recurso de anulación contra Laudo de 14 de agosto de 2007 y su auto complementario, en punto a asegurar el acceso a la Administración de Justicia de la Unión Temporal **DISELECSA LTDA – INGENIERIA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A** de acuerdo con los siguientes parámetros, sin perjuicio de lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia:

a) Proferir decisión sobre los pedimentos de nulidad por los cargos formulados contra el laudo arbitral y su auto complementario, relacionados con las causales de anulación contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, los cuales quedaron insolutos en la sentencia de 13 de mayo de 2009, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

b) Pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por los cargos contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios del uso de la competencia del Juez contencioso en la materia, acorde con los lineamientos señalados en esta sentencia”.

3.4.5.2. Para arribar a la citada resolutive, destacó que el recurso de anulación respecto de laudos arbitrales, no es una instancia, sino que se trata de un mecanismo establecido en el ordenamiento jurídico cuya finalidad es examinar el pronunciamiento arbitral por los errores *in procedendo* en que hubiese podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in iudicando*, salvo que la causal alegada por el interesado comporte tal forma de valoración.

3.4.5.3. Señaló que algunos de los motivos de inconformidad de la unión temporal recurrente en sede de anulación no corresponden a objeciones por errores *in procedendo* del Tribunal de Arbitramento, sino más bien a errores *in iudicando*. Al respecto, señaló que el cuestionamiento referido a una interpretación no pedida del contrato y, el reparo frente a las conclusiones obtenidas de espaldas al acervo probatorio, apuntan a cuestionar aspectos *in iudicando*, con lo cual, el recurrente se ubicó en la esfera de una segunda instancia circunstancia en torno a la cual la autoridad accionada debió abstenerse de realizar pronunciamiento, para no incurrir en “una transgresión de la competencia, viciando la sentencia que resolviese el asunto”.



3.4.5.4. La Corte Constitucional consideró que la actividad llevada a cabo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, acorde con las evidencias previamente señaladas, no corresponde a un juicio orientado a establecer errores *in procedendo*, sino que, se aviene más con una tacha a la valoración, de la normatividad del contrato y de las pruebas, hizo el Tribunal de Arbitramento, por lo que falló abrogándose una competencia de la que carece el juez de la anulación.

3.4.5.5. En relación con el defecto procedimental en la actuación judicial, consideró que la actividad desplegada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, al cuestionar tanto la interpretación formulada por los árbitros, como la valoración probatoria realizada, significó en términos materiales, no solo un desbordamiento de la competencia conferida por el ordenamientos jurídico, sino la transformación de la sede de anulación en una segunda instancia, concluyendo que se llevó a cabo un trámite no sólo no autorizado por el ordenamiento jurídico, sino proscrito por la jurisprudencia del Consejo de Estado citada.

3.4.5.6. La Corte precisó que, con ocasión del amparo concedido a la parte actora, el laudo arbitral censurado por el recurso de anulación y, su auto modificatorio de 23 de agosto de 2007, recuperan su vigor. En consecuencia, la consideración atinente a que la utilidad por operación y mantenimiento se debe estimar en un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el suministro e instalación, recobra su vigencia. Aclaró que *“el clausulado cuestionado mantiene su intangibilidad, en particular, el numeral noveno de la parte resolutive concerniente al motivo que dio lugar a la sentencia de mayo 13 de 2009, expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado”*.

3.4.5.7. Señaló que los accionantes igualmente manifestaron su inconformidad con la decisión arbitral por las causales consagradas en el numeral 4º *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros”* y en el numeral 5º *“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento”* del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, cargos que no fueron objeto de consideración por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado en razón de la prosperidad del recurso por infracción a la causal 2ª *ejusdem*, por lo que correspondía disponer que se resolvieran en el fallo.

3.5. Hechos relacionados con el fallo dictado por el Consejo de Estado el 20 de septiembre de 2017, en cumplimiento de la orden de tutela dada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 173 del 16 de abril de 2015

3.5.1. En cumplimiento del fallo proferido por la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó el fallo de reemplazo del 20 de septiembre de 2017 en la que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por las sociedades demandantes y condenó en costas a la parte recurrente.

3.5.2. Para arribar a la citada resolutive, señaló que el marco normativo con el que se debía resolver el recurso con fundamento en la fecha de proferimiento del laudo y de interposición de éste era el Decreto Ley 1818 de 1998⁷, de tal manera que las causales de anulación corresponden a las previstas en el artículo 72 de la Ley 80

⁷ *“Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*.



de 1993 –antes de la modificación introducida por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, las cuales se hallaban compiladas en el artículo 230 del citado decreto.

3.5.3. Estudió cada una de las causales de anulación alegadas por la parte recurrente, decidiéndolas en su orden, así:

3.5.3.1. Causal contenida en el numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*.

El Consejo de Estado hizo referencia a la alegación de la parte actora en relación con esta causal, a la oposición del Municipio de Neiva, al concepto del Ministerio Público –que se opuso a la prosperidad de la misma– y transcribió las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la acción de tutela interpuesta por el Municipio de Neiva, para concluir que esta causal de anulación fue estudiada y decidida por la Corte Constitucional, de tal manera que *“no tiene sentido que el Consejo de Estado estudie nuevamente los cargos que sustentan la acusación, pues en atención a lo afirmado en esa decisión judicial, no podía llegar a una conclusión distinta, so pena de desconocer el sentido de ella, esto es, de la sentencia SU 173 de 2015 de la Corte Constitucional”*.

3.5.3.2. Causal consagrada en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*

3.5.3.2.1. En la sentencia censurada se indicó que la parte actora sustentó el cargo en la vulneración del principio de congruencia y se refirió concretamente a la argumentación del demandante para sustentar esta causal, así:

3.5.3.2.1.1. La unión temporal recurrente alegó que el Tribunal de Arbitramento:

i) *“...varió la causa petendi del demandante contraviniendo el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y así terminó pronunciándose sobre puntos no sometidos a su decisión y concediendo más allá de lo pedido”;*

ii) *“...resolvió como principales pretensiones que eran consecuenciales despojándolas de causa”;*

iii) *“...so pretexto de resolver, en apariencia algunas de las pretensiones principales de condena, terminó realmente resolviendo las pretensiones subsidiarias de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin motivación alguna y sin pruebas; decidiendo así por fuera de su competencia y por fuera de la proposición de la demanda, puesto que un pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias exigía haber negado antes las principales”*.

iv) *“... interpretó mal la demanda y con ello quebrantó el principio de congruencia”*.

3.5.3.2.1.2. En la sentencia censurada se realizó una comparación entre los supuestos fácticos de la demanda, las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, para concluir que la parte resolutive del laudo guarda simetría con las





pretensiones de la demanda arbitral, circunstancia que se puede evidenciar en cuadro comparativo que la misma parte recurrente elaboró al plantear el recurso.

3.5.3.2.1.3. Consideró que lo cuestionado por el recurrente no correspondía a una incongruencia en el fallo sino en la forma como la parte actora planteó las pretensiones principales declarativas y las consecuenciales de condena, situación que no puede ser objeto de análisis en sede del recurso de anulación

3.5.3.3. Causal 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento*”

3.5.3.3.1. En relación con esta causal, la parte actora precisó que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las excepciones de cumplimiento del contrato y de buena fe, encontrándolas acreditadas pero no lo hizo con respecto a las consecuencias jurídicas de la prosperidad de las mismas. Al respecto, precisó que si el contrato no se había incumplido no procedían condenas.

3.5.3.3.2. Sobre esta causal en la sentencia se señaló que se incurre en ella cuando en el laudo arbitral se dejan de resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no se cumple con la función de resolver la controversia, por lo que el litigio subsiste sobre los puntos no decididos, circunstancia que no acaeció en el caso concreto, por lo que el cargo no estaba llamado a prosperar.

3.5.3.3.3. Como fundamento de su conclusión, manifestó que la única consecuencia que se podía desprender de la prosperidad de las excepciones era que se negaran las pretensiones que se cimentaban en los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento y de mala fe contractual y ello fue precisamente lo que ocurrió, toda vez que en el laudo se negaron las pretensiones de violación del contrato –ordinal décimo primero de la parte resolutive del laudo arbitral. flo. 617, C. de E.) y, por ende, se desestimó la condena o la indemnización de los perjuicios causados por los referidos supuestos.

3.5.4. El 5 de octubre de 2017, dentro del término de ejecutoria del fallo, la parte actora solicitó aclaración y complementación de la sentencia, alegando que la autoridad judicial no resolvió de fondo sobre la causal denominada “*haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

3.5.5. El 7 de marzo de 2018, la Sección Tercera del Consejo de Estado negó las solicitudes de adición y aclaración, en relación con la primera por considerar que dio cumplimiento a un fallo de tutela y, con respecto a la segunda, por cuanto no estaba dirigida a que se aclarara alguna frase o expresión que ofreciera duda, sino a obtener una explicación adicional sobre las razones expuestas en la sentencia para negar las pretensiones de anulación del laudo.

4. Sustento de la solicitud

4.1. Sobre los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela

4.1.1. La parte actora afirmó que en el caso concreto concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela dirigida a cuestionar tanto las





providencias proferidas por el Tribunal de Arbitramento como las dictadas por el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación.

4.1.1.1. En relación con la relevancia constitucional, consideró que se acredita por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el principio de legalidad y el acceso a la administración de justicia.

4.1.1.2. Consideró que concurría el requisito de subsidiariedad por cuanto se formuló y tramitó en debida forma ante el Consejo de Estado el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 y su providencia complementaria del 3 de agosto del mismo año.

4.1.1.3. Con respecto al requisito de inmediatez, argumentó que si se atiende a la secuencia de los hechos, la última actuación dentro del expediente corresponde al 7 de marzo de 2018, providencia que negó la solicitud de aclaración del fallo, notificada por estado del 13 de marzo de 2018.

4.1.1.4. Se identifican con precisión los hechos generadores de la violación, los derechos afectados y se acredita que se alegó la vulneración en el proceso.

4.1.1.5. Manifestó que no se trata de tutela contra tutela.

4.2. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela en relación con el Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2007 y el auto del 23 de agosto de la misma anualidad

4.2.1. Alegó que se configuró un **defecto sustantivo** en el Laudo Arbitral dictado el 14 de agosto de 2007, por inaplicación de las normas reguladoras del caso que constituían la ley del contrato, esto es, los pliegos de condiciones, la propuesta formulada por la unión temporal y aceptada por el municipio, el contrato de concesión 001 de 1997 y *“los demás documentos concurrentes que incluían el flujo financiero”*.

4.2.1.1. Alegó que la violación del debido proceso, en relación con este defecto, se materializó al imponer una remuneración y una tasa interna de retorno (TIR) distinta de la acordada expresamente con el municipio desde la aceptación de la propuesta.

4.2.1.2. Para sustentar el cargo transcribió el contenido de los numerales 6,7 y 12 de los pliegos de condiciones, hizo referencia a los formularios integrantes del mismo para concluir que *“bajo el pretexto de hacer una interpretación razonable del contrato y de la tasa interna de retorno (TIR), implicaron los elementos normativos constituidos en la propuesta hecha por la Unión Temporal, siendo que tenían la obligación de asumirla como elemento normativo constitutivo del contrato de concesión, pues la voluntad expresa del municipio fue la de su inclusión como ley del contrato, conforme se derivara inevitablemente de su aceptación”*.

4.2.1.3. La unión temporal accionante señaló que la inaplicación de las normas que regulaban el contrato de concesión en punto a la Tasa Interna de Retorno (TIR) fue acertadamente advertida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 13 de mayo de 2009 que, en su oportunidad, decidió anular el





laudo arbitral, por considerar que la decisión había sido tomada en conciencia y no en derecho.

4.2.2. Alegó igualmente la configuración de un **defecto fáctico** en el laudo arbitral en relación con la fijación del porcentaje equivalente al ocho por ciento (8%) como Tasa Interna de Retorno (TIR), por considerar que esta decisión desconoció la prueba, consistente en la propuesta presentada al Municipio de Neiva, en la que se precisó que esta rentabilidad sería del 38.08%.

Como fundamento de esta alegación, aseveró que, se dejaron de valorar *i)* el documento que contenía el flujo de caja proyectado; *ii)* los informes fiduciarios, de acuerdo con los cuales, las sociedades que conformaban la unión temporal tenían derecho a recibir la totalidad de la remuneración fijada en el flujo de caja.

4.2.3. Como tercera causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra el laudo arbitral y el auto complementario, la parte actora alegó que éstos incurrieron en causal de anulación por cuanto se profirieron en conciencia y no en derecho, al haber fijado la Tasa Interna de Retorno (TIR) en un porcentaje equivalente al ocho por ciento (8%).

4.2.3.1. Como fundamento de este cargo se refirió nuevamente a los documentos que contienen el contrato de concesión, las consideraciones contenidas en el laudo arbitral en relación con el tema y precisó que esta causal fue decretada por el Consejo de Estado en el fallo del 13 de mayo de 2009, cuyas consideraciones y conclusiones refirió *in extenso*.

4.2.3.2. Señaló que el numeral 9º del Laudo Arbitral del 14 de agosto de 2007 se dictó en conciencia y no en derecho, lo cual se encontraba consagrado como causal de procedencia del recurso de anulación en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que se encontraba vigente para la época de tramitación del proceso.

4.3. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela en relación con la sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por el Consejo de Estado

4.3.1. Sobre esta sentencia aclaró que la petición de amparo se solicita única y exclusivamente en relación con la *“ilegal decisión contenida en el numeral 9º de dicho laudo, por constituir estas decisiones (sic) la causa de la afectación de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso”*.

4.3.2. Aclaró que su cuestionamiento con relación a la providencia está dirigido contra la sentencia por haberse relevado de analizar el cargo propuesto contra la decisión arbitral con fundamento en el entonces vigente numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, esto es, por haberse negado a revisar si se incurrió en la causal de haberse dictado el laudo en conciencia.

4.3.3. Señaló que sus derechos fundamentales se vulneraron por *“haberse sustraído deliberadamente del deber de analizar el cargo de mayor relevancia propuesto contra el laudo del 14 de agosto de 2007”*.



4.4. La parte actora finalizó su alegación afirmando que se ocasionó un grave daño a la entidad, el cual se convierte en un perjuicio irremediable, por cuanto le impide a la entidad la recuperación de la inversión.

5. Actuaciones procesales relevantes

5.1. Admisión de la demanda

5.1.1. Mediante auto del 2 de octubre de 2018⁸, el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela, dispuso que se notificara a la parte demandante y al Consejo de Estado, Sección Tercera y al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá –Centro de Arbitraje y Conciliación integrado por los árbitros Williám Namén Vargas, Luis Fernando Villegas Gutiérrez y José Joaquín Bernal Ardila.

5.1.2. En la misma providencia se dispuso la vinculación del Municipio de Neiva, como tercero con interés en el resultado del proceso y de la Fiduciaria Agraria⁹ y se dispuso publicar el auto admisorio en la página web del Consejo de Estado para el conocimiento de los terceros interesados.

5.1.3. Así mismo, se dispuso la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos y para los efectos de lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso.

5.2. Informe de las autoridades accionadas

5.2.1. Informe del Consejo de Estado – Sala Plena de la Sección Tercera

El Magistrado ponente de la sentencia censurada, en escrito radicado el 10 de octubre de 2018, señaló que la decisión, contrario a comportar una violación de derechos constitucionales, se halla fundada en la sentencia SU-173 de 2015 de la Corte Constitucional y en las pruebas válidamente allegadas al proceso, sin que resulte posible la acción de tutela contra providencia judicial cuando el actor únicamente incluye argumentos que demuestran su inconformidad con la decisión censurada.

5.2.2. Intervención de los árbitros Luis Fernando Villegas Gutiérrez y William Namén Vargas

5.1.2.1. En escrito radicado el 18 de octubre de 2018, los árbitros se opusieron a la prosperidad de la petición de amparo constitucional, precisando que los supuestos defectos sustantivo y fáctico alegados por la parte actora gravitan exclusivamente en relación con la misma censura de haberse proferido un fallo en conciencia y no en derecho, lo cual fue resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-173 de 2015, cuyos principales apartes transcribió *in extenso*.

⁸ Folio 15 del expediente de tutela.

⁹ Cesionaria del contrato de fiducia mercantil que inicialmente se había celebrado con Fiduciaria del Estado S.A.





5.1.2.2. Aseveró que, contrario a lo afirmado por la parte actora, el Tribunal de Arbitramento aplicó las normas rectoras de la ley del contrato, de tal manera que consideró la oferta, su aceptación, el contrato y los documentos contractuales en absoluta armonía con el régimen jurídico regulador del contrato y fueron ellos los que lo llevaron a resolver sobre las pretensiones de la demanda.

5.3. Informe del tercero vinculado – Municipio de Neiva

5.3.1. Por intermedio del Secretario Jurídico y representante judicial del ente territorial, se opuso a la pretensión de amparo, según escrito radicado el 10 de octubre de 2018, en el que contestó los hechos y alegó la ausencia de relevancia constitucional.

5.3.2. Alegó igualmente que la tutela carecía del requisito de inmediatez en relación con el laudo arbitral y con respecto a la sentencia consideró que no se vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora.

5.4. Fallo impugnado

5.4.1. Mediante sentencia del **8 de marzo de 2019**, el Consejo de Estado – Sección Cuarta declaró improcedente la acción de tutela del vocativo de la referencia.

5.4.2. Lo anterior, por considerar que carece del requisito de inmediatez en relación con el Laudo Arbitral proferido el 14 de agosto de 2007 y su aclaración resuelta del 23 de agosto de la misma anualidad, toda vez que la acción de tutela fue presentada hasta el 13 de septiembre de 2018, de tal manera que transcurrieron más de once años.

5.4.3. Con respecto a la sentencia de anulación del 20 de septiembre de 2017 y los autos que negaron las solicitudes de aclaración y adición concluyó que no concurría el requisito de relevancia constitucional, toda vez que lo que la parte actora únicamente pretende que se vuelvan a estudiar asuntos que fueron resueltos por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

5.4.4. El fallo de tutela fue notificado por medios electrónicos, según oficios de fecha 18 de marzo de 2019 recibidos por los destinatarios el 19 de marzo de la misma anualidad, según constancias secretariales visibles a folios 229 a 238 del expediente de tutela.

5.5. Impugnación

5.5.1. El apoderado judicial de la parte accionante impugnó el fallo de tutela, según escrito radicado el 22 de marzo de 2019¹⁰, solicitando que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

¹⁰ En la oportunidad establecida en el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991. Ver folio 240 del cuaderno número 2 de segunda instancia.



5.5.2. Aseveró que no es posible afirmar que no se haya cumplido con el requisito de inmediatez, toda vez que la providencia que negó la aclaración del fallo fue dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 7 de marzo de 2018, agotándose así los mecanismos de defensa judicial de los cuales disponía, de tal manera que es a partir de la notificación de esta decisión que se deben empezar a contabilizar los seis (6) meses que se han considerado como término razonable de inmediatez.

5.5.3. Alegó que el juez constitucional *a quo*, de manera confusa, consideró que no se cumplía en el caso concreto el requisito de relevancia constitucional sin estudiar los cargos de la demanda que, de forma palmaria, acreditan la violación de sus derechos fundamentales. Al respecto, precisó que no se cumplió con el deber constitucional de darle prevalencia al derecho sustancial sobre las formalidades.

5.5.4. Solicitó que, superados los requisitos de procedibilidad adjetiva, se estudiaran los argumentos que presentó.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991, en el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y en el artículo 2º del Acuerdo 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problemas jurídicos

2.1. Corresponde a la Sala determinar si se debe confirmar, modificar o revocar la providencia del **8 de marzo de 2019**, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la acción de tutela del vocativo de la referencia, instaurada por la parte actora con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

2.2. En consecuencia, de cara al examen de la situación fáctica expuesta por la accionante, del material probatorio recaudado, de las causales de procedibilidad de la acción de tutela invocadas y de los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto son los siguientes:

2.2.1. Si concurren en la presente solicitud de protección constitucional los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela que den paso al estudio de fondo del derecho fundamental invocado.

2.2.2. En el evento de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, se resolverá si las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora, con ocasión del proferimiento del Laudo Arbitral y el auto complementario y la sentencia dictada en sede del





recurso de anulación y los que resolvieron las solicitudes de adición y aclaración que fueron desfavorables a la unión temporal accionante.

2.2.4. Por razones de orden metodológico, se analizarán los siguientes temas *i)* procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* tutela contra providencias de Alta Corte; *iii)* naturaleza jurídica del laudo arbitral; *iv)* estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y *v)* análisis del caso concreto, con fundamento en los argumentos expuestos en la impugnación.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

3.1.1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹¹ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹² y declaró su **procedencia**.¹³

3.1.2. Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez; *iii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

3.1.3. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

3.1.4. Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

3.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias de Altas Cortes

3.2.1. La Corte Constitucional, en sentencia SU-573 del 14 de septiembre de 2017¹⁴, consideró que cuando se trate de acciones de tutela contra providencias

¹¹ Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. M.P.: María Elizabeth García González

¹² El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹³ Se dijo en la mencionada sentencia “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”

¹⁴ Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo



proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se ha determinado un criterio adicional de procedencia de la acción constitucional, en atención a que “*dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones*”¹⁵. Al respecto reiteró la *ratio decidendi* contenida en las sentencias SU-917 de 2010 y SU-050 de 2017, que consideraron:

“... la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión”.

3.2.2. En la referida sentencia consideró que, para establecer la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial proferida por una Alta Corporación, se requiere que concurren los siguientes requisitos: “(i) *el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*; (ii) *el cumplimiento de uno de los requisitos especiales de procedencia*; y (iii) **la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional**”. (Resaltado de la Sala).

3.2.3. En la sentencia SU-050 de 2018¹⁶ se afirmó que la tutela contra sentencia de Alta Corte solo es procedente cuando es definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional.

3.2.4. Así, esta acción solo es procedente contra providencias judiciales dictados por sentencias de Altas Cortes cuando se advierta que la decisión respectiva se opone a los postulados constitucionales y el análisis del juez debe restringirse a dicha oposición.

3.3. Naturaleza jurídica del laudo arbitral

3.3.1. El artículo 116 de la Constitución Política establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes. Por su parte, el artículo 111 de la Ley 446 de 1998¹⁷, norma vigente para la fecha de tramitación del proceso arbitral

¹⁵ SU-050 de 2017.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-050 de 2018, Cristina Parto Schlesinger

¹⁷ Norma que se encontraba vigente para la época en que se tramitó el proceso arbitral, se profirió el laudo arbitral y se presentó el recurso extraordinario de anulación, por cuanto la Ley 1563 de 2012, “**Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones**” tan sólo entró a regir el 12 de octubre de la citada anualidad, según lo consagrado en el artículo 119, cuya norma de vigencia quedó consagrada en los siguientes





y proferimiento del laudo censurado –14 de agosto de 2007– definía el arbitraje como *“un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.”* (Subrayado de la Sala)

3.3.2. La Corte Constitucional ha reiterado que *“no obstante sus características especiales, atinentes a su naturaleza voluntaria y transitoria, la justicia arbitral constituye en realidad una modalidad constitucionalmente legítima de administración de justicia y, por tanto, más allá de sus diferencias evidentes con la justicia estatal, las providencias que se emitan por aquella están también amparadas, en principio, por la intangibilidad que se deriva de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial.”*¹⁸

3.3.3. De las normas y jurisprudencia referidas se desprende la naturaleza jurisdiccional del proceso arbitral, en virtud de la cual el laudo tiene la esencia y características propias de las providencias judiciales, que gozan de la doble presunción de legalidad y acierto, por lo que corresponde abordar el análisis de cara a los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.4. Análisis de los requisitos adjetivos de procedibilidad

3.4.1. Tutela contra tutela

Para esta Sala está acreditado que la solicitud de amparo no se dirige a cuestionar decisiones dictadas de una acción de tutela, toda vez que las censuradas se dirigen contra las proferidas por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá constituida para dirimir el conflicto suscitado entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal accionante y contra la sentencia y los autos complementarios que en sede de anulación pronunció el Consejo de Estado – Sección Tercera.

3.3.2. Inmediatez

3.3.2.1. En relación con el requisito de **inmediatez** el *a quo* consideró que no concurría en relación con el Laudo Arbitral proferido el 14 de agosto de 2007 y el auto del 23 de agosto del mismo año que resolvió la solicitud de aclaración, por cuanto transcurrieron más de once (11) años, desde su expedición hasta la fecha en que la parte actora ejerció la acción de tutela.

3.3.2.2. Para controvertir la decisión anterior, la parte recurrente argumentó que el término de inmediatez debía contabilizarse desde la ejecutoria del auto del 7 de marzo de 2018, dictado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó la solicitud de aclaración de la sentencia del 20 de septiembre de 2017, por cuanto se trata de la última providencia dictada en el proceso.

términos: *“se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.”*

¹⁸ Corte Constitucional, T.225 de 2010. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.



3.3.2.3. Lo anterior en consideración a que contra el laudo arbitral procedía el recurso de anulación y el mismo se interpuso en forma oportuna como mecanismo idóneo para controvertirlo, el cual tan sólo fue resuelto mediante sentencia del 20 de septiembre de 2017 complementada según auto del 7 de marzo de 2018.

3.3.2.4. Sobre el punto, la Sala destaca que únicamente se puede predicar el incumplimiento del requisito de inmediatez con respecto a la providencia censurada, en aquellos eventos en los que la parte ha interpuesto recursos extraordinarios, cuando los cuestionamientos no puedan ser alegados a través de éstos, por no estar consagrados como causales de procedencia, en este caso del recurso de anulación del laudo arbitral.

3.3.2.4.1. En efecto, cuando se invocan causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela que no se encuentran taxativamente consagradas por el legislador como circunstancias que permitan invocar el recurso extraordinario de anulación, consagradas, para el caso específico objeto de análisis, en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993¹⁹—antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007—, vigente para la época de tramitación del proceso arbitral, el término razonable para presentar la acción de amparo debe cumplirse con respecto a tales alegaciones.

3.3.2.4.2. *Contrario sensu*, si se trata de un supuesto de hecho previsto en la norma como causal de anulación, corresponde agotar este mecanismo de defensa judicial y, únicamente, cuando se concluye el trámite respectivo es posible acudir a la acción de tutela, de tal manera que no puede considerarse que se incumple el requisito de inmediatez cuando la acción se ejerce con posterioridad a la resolución del recurso extraordinario en el que se invocó la causal cuyos supuestos de hecho coinciden con los argumentos que se presentan como cargos en la tutela.

3.3.2.4.3. Lo anterior guarda estrecha relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela que exige el agotamiento previo de los mecanismos de defensa judicial que el actor tenga a su alcance. Sobre estos, la Corte Constitucional en la Sentencia T-288 de 2013, al referirse a la eficacia de los recursos extraordinarios

¹⁹ ARTÍCULO 72. <Artículo incorporado en el Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto Extraordinario 1818 de 1998, artículo 230.> Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1o. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2o. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3o. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

4o. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5o. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.





frente al requisito de subsidiariedad en materia de tutela, precisó que *“estos mecanismos no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida”*.

3.3.2.4.4. La referida Corporación ha enfatizado que los recursos extraordinarios de revisión –aplicable al de anulación– únicamente desplaza la acción de amparo y la torna improcedente en los eventos en que *“a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido **de manera integral dentro del trámite del recurso**, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho”*²⁰.

3.3.2.4.5. Esta Sección destaca que, bajo la misma línea conceptual, para que se pueda contabilizar el plazo razonable de inmediatez desde que haya cobrado ejecutoria la providencia que resuelve el recurso extraordinario de anulación, la parte actora debe haber encuadrado el defecto que considera tiene el laudo arbitral en alguna de las causales taxativas establecidas por el legislador.

3.3.2.4.6. Tal es precisamente la situación acaecida en el *sub examine*, por cuanto la parte tutelante alegó como causal de anulación del laudo, entre otras, la prevista en el numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, esto es, *“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho...”*, con respecto a la cual señaló que el laudo fue dictado en equidad, cuestionando concretamente el numeral noveno de la parte resolutive, que condenó a las sociedades concesionarias a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión, la suma de \$5.437.253.791,58 modificada por la corrección del laudo en \$6.545'073.556,18, recibida por la Unión Temporal concesionaria, a título de tasa de retorno de la inversión (TIR) o de utilidades no previstas contractualmente, alegación que coincide con la que en sede de tutela propone en contra del laudo.

3.3.2.4.7. Efectivamente, la alegación de la parte referida a que el laudo arbitral fue resuelto en conciencia y no en derecho guarda identidad con la expuesta como causal de anulación, por lo que no es posible en este caso contabilizar el término de inmediatez desde el proferimiento del auto complementario del laudo.

3.3.3.5. Por esta razón la Sala contabilizará el término de inmediatez, en relación con esta alegación, desde la ejecutoria de la decisión dictada el 7 de marzo de 2018, notificada por estado del 13 de marzo de la citada anualidad, que cobró ejecutoria el 16 del mismo mes y año, por lo que la acción ejercida el 13 de septiembre de 2018, se tiene como interpuesta en un término razonable.

3.3.3.6. Sin embargo en relación con la existencia de defectos fáctico y sustantivo de los que considera adolece el laudo arbitral y el auto complementario que no se encuentran encuadrados en las causales de anulación del laudo, sino que podrían considerarse como defectos independientes, se confirmará la decisión de declarar el incumplimiento del requisito de inmediatez por haber transcurrido un término superior a once (11) años y el actor hubiera podido ejercer oportunamente la

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2011.



acción al tratarse de vicios *in iudicando* y no *in procedendo* siendo estos últimos los que habilitaban la interposición del recurso extraordinario de anulación.

3.3.3. Subsidiariedad

3.3.3.1. Dicho requisito se encuentra acreditado, pues la providencia dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se cuestiona en sede de tutela, puso fin al recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo arbitral, de tal manera que el actor no cuenta con otro mecanismo idóneo de protección de sus derechos fundamentales²¹.

3.3.3.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala debe estudiar el fondo del asunto, a fin de verificar si con las providencias objeto de censura se trasgredieron las garantías superiores de la reclamante.

3.3.4. Relevancia constitucional

3.3.4.1. Para la Sala es necesario precisar que, pese a que el *a quo* declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por la parte actora, en relación con las providencias dictadas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral, por considerar que no se cumplió con el requisito de “*relevancia constitucional*”²², lo cierto es que en el presente caso el mismo se encuentra plenamente configurado.

3.3.4.2. Lo anterior, por cuanto no es posible concluir que por haberse expuesto en la acción de tutela los mismos argumentos que se señalaron al interponer el recurso de anulación, no pueda tenerse por superado el requisito de relevancia

²¹ Se destaca que la Corte Constitucional ha hecho referencia a la procedencia del recurso de revisión contra la sentencia que resuelva la solicitud de anulación de un laudo arbitral, considerando que no constituye subsidiariedad frente a la acción de tutela por tratarse de causales diferentes, lo cual ha efectuado en los siguientes términos: “*En cuanto al requisito de subsidiariedad, si bien es cierto que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra la providencia que resuelve la anulación de laudo arbitral, lo cierto es que éste procede únicamente por las causales taxativas previstas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales ninguna se dirige a verificar la posible falta de competencia del juez de anulación, aspecto en el cual el actor hace reposar la vulneración al derecho fundamental al debido proceso que en este caso se reclama. En ese orden, el recurso de revisión no resulta instrumento útil ni idóneo, en el presente caso, para la protección material de su derecho fundamental, de forma que al presentarse inane frente al reclamo material del actor no es conducente exigirlo como requisito de procedibilidad de la presente tutela.*” Este pronunciamiento corresponde a la Sentencia SU 173 del 2015 dictada por la Corte Constitucional en relación con este mismo asunto.

²² La Corte Constitucional desde la sentencia C-590 de 2005 incluyó como requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial que (i) la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, (iii) se cumpla el requisito de la inmediatez, y (iv) no se trate de sentencias de tutela. Dicha postura fue acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, en la que se indicó que para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial se debían analizar dichos requisitos. Los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-590 de 2005, **incluyendo el relativo a la relevancia constitucional** se fundan en que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.



constitucional, pues ello resulta contrario a la exigencia contenida en la Sentencia C-509 de 2005, dictada por la Corte Constitucional, y las posteriores que han seguido la misma línea argumentativa, en el sentido de exigirse como requisito genérico de procedencia que ***“la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible”***.

3.3.4.3. Sobre esta exigencia, la Corte aclaró que el actor debe haber planteado sus argumentos al interior del proceso y dar cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos, exigencia que cumplió la accionante en esta sede, sin que se le pueda negar el estudio de fondo por el cumplimiento estricto del requisito.

3.3.4.4. Adicionalmente, al realizar el test de procedibilidad de la acción en relación con los supuestos fácticos de la demanda, las pretensiones, la carga argumentativa y probatoria que justifica la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, se advierte que ésta solicita la garantía del debido proceso desde la perspectiva constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta.

3.3.4.5. Así las cosas, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, de tal manera que al existir la eventualidad de que no haya obtenido la protección de sus derechos ante el juez contencioso administrativo, natural de la causa ordinaria, quien tenía igualmente la obligación de constituirse en garante de los derechos fundamentales asumiendo el rol de juez de constitucionalidad y/o de convencionalidad, puede comparecer al juez de amparo quien deberá realizar el análisis del caso a la luz de los postulados del Estado Social de Derecho.

3.3.4.6. En virtud de lo expuesto, el asunto reviste relevancia constitucional cuando se alega que subsiste la violación o amenaza al derecho fundamental, después de haber agotado el procedimiento legal administrativo de policía o judicial establecido por la ley para su protección, lo cual solo puede ser advertido por el juez al analizar el fondo del asunto. Ello quiere significar que el debate que se debe dar al interior de la acción de tutela tiene importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas.

3.3.4.7. En virtud de lo expuesto, el caso se debe analizar desde una perspectiva constitucional, para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental al debido proceso²³.

²³ Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho al debido proceso tiene facetas constitucionales, legales y reglamentarias, siendo susceptibles de ser debatidas en sede de tutela únicamente las primeras, esto es las consagradas en los artículos 29, 31, 33 y 228 Constitucional, siendo los demás componentes de naturaleza legal y reglamentaria. De conformidad con estas normas el *debido proceso constitucional* se integra por las siguientes garantías: *(i)* el principio de legalidad; *(ii)* el principio del juez natural; *(iii)* el derecho a la observancia de las formas propias de cada juicio; *(iv)* el principio de favorabilidad; *(v)* el



3.4. Análisis del caso concreto

3.4.1. Precisión conceptual y encuadramiento de los cargos formulados por la parte actora

3.4.1.1. Previo a analizar los cargos expuestos por la parte actora contra las providencias proferidas por el Tribunal de arbitramento que conoció del conflicto entre el Municipio de Neiva y la unión temporal accionante con ocasión del contrato de concesión y por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, resulta importante precisar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de compatibilidad constitucional, estos son: “(i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución”.²⁴

3.4.1.2. Con fundamento en el marco conceptual expuesto, para efectos de resolver el presente asunto constitucional, la Sala advierte que si bien la parte actora alegó que todas las providencias censuradas incurrieron en defectos fáctico y sustantivo, lo cierto es que consideró que ellos se materializaron al imponer una remuneración y una tasa interna de retorno (TIR) distinta de la acordada expresamente con el municipio desde la aceptación de la propuesta, por lo que esta Sala analizará, por razones de orden metodológico i) las alegaciones contra las decisiones del Tribunal de Arbitramento y ii) las elevadas contra las decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de anulación.

3.4.2. Alegaciones contra las decisiones del Tribunal de Arbitramento

3.4.2.1. La inconformidad de la unión temporal accionante se dirige únicamente contra la decisión contenida en el numeral noveno de la parte resolutive del laudo arbitral en que es del siguiente tenor:

“NOVENO: Condenar solidariamente a las sociedades *DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA. -DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES SA "I.S.M. S.A."*, a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de concesión a través del patrimonio autónomo conformado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA

derecho a la presunción de inocencia; (vi) el derecho a la defensa; (vii) el derecho a la publicidad de las actuaciones procesales y la no dilación injustificada de las mismas; (viii) el derecho a presentar y controvertir pruebas; (ix) el derecho a impugnar las providencias judiciales; (ix) el principio de *non bis in ídem*; (x) el principio de *non reformatio in pejus*; (xi) el derecho a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o ciertos parientes; (xii) el principio de independencia judicial; y (xiii) el derecho de acceso a la administración de justicia”.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU- 114 del 8 de noviembre de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos



CORRIENTE CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$5.437.253.791,58) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA. - I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo”

3.4.2.2. Mediante providencia del 23 de agosto de 2007, el Tribunal de Arbitramento, a solicitud de las partes, aclaró el laudo arbitral, en punto de esta de esta decisión en los siguientes términos:

“PRIMERO: Aclarar y corregir el numeral noveno de la parte resolutive del laudo arbitral proferido el 14 de agosto de 2007 y, cuyo texto, en consecuencia, se sustituye y quedará como se indica a continuación: **“NOVENO:** Condenar solidariamente a las sociedades DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA.- DISELECSA LTDA e INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. I.S.M S.A., a destinar al desarrollo de las actividades propias del objeto del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la UNIÓN TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A. y la Fiduciaria del Estado (cedido posteriormente a la Fiduciaria Agraria), la suma de SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$ 6.545'073.556,18) ya actualizada, recibida por las mencionadas sociedades a través de la UNION TEMPORAL DISELECSA LTDA.- I.S.M. S.A., a título de retorno de la inversión o de utilidades no previstas contractualmente, para lo cual deberán entregar tales sumas al patrimonio autónomo el día hábil inmediatamente siguiente a la ejecutoria del laudo.”

3.4.2.3. Todos los cuestionamientos realizados por la parte actora se dirigen única y exclusivamente a lo que calificó como una decisión en conciencia y no en derecho en la determinación del porcentaje equivalente al ocho por ciento (8%) de la Tasa Interna de Retorno (TIR) o de utilidades no previstas contractualmente, toda vez que, en su sentir, esta decisión no se tomó con fundamento en la ley del contrato contenida en los documentos precontractuales y contractuales, los que a su vez constituían la prueba de que las partes habían acordado un porcentaje superior en torno a este rubro.

3.4.2.4. Sobre esta alegación de la parte actora la Sección precisa que la misma corresponde exactamente a aquella que fue resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede del recurso extraordinario de anulación en sentencia del 13 de mayo de 2009, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera²⁵ providencia que fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 173 de 2015 dictada al revisar la acción de tutela en que la se tuvo como accionante al Municipio de Neiva.

²⁵ En esta providencia se había anulado la totalidad del laudo arbitral del 14 de agosto de 2007 y el auto complementario de 23 de agosto del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento, al encontrar probada la causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 “*Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*” y se advirtió que como consecuencia de la anulación, la controversia no había quedado resuelta, razón por la cual las partes podían acudir nuevamente a los estrados para dirimir la controversia.



3.4.2.5. En la citada sentencia dictada por la Corte Constitucional se resolvió con carácter de **cosa juzgada** la controversia relacionada con este aspecto de la decisión, con las siguientes consideraciones, las cuales se transcriben *in extenso* por la importancia del contenido para la presente decisión:

“Considera la Corte Constitucional que la actividad llevada a cabo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, acorde con las evidencias previamente señaladas, no se corresponde con un juicio orientado a establecer errores *in procedendo*, sino, se aviene más con una tacha a la valoración que de la normatividad del contrato y, de las pruebas, hizo el Tribunal de Arbitramento.

Adicionalmente, para la Sala, no pasan desapercibidos los razonamientos vertidos por los Magistrados disidentes Correa Palacio y Saavedra Becerra, quienes, estiman que el recurso fue utilizado como una segunda instancia. Manifestó la Magistrada Correa Palacio en un apartado titulado “*Para concluir el fallo ‘en conciencia’ el juez de la anulación revisó aspectos iuris in indicando*”:

“(…) la Sala arrogándose una competencia de la que carece, revisó aspectos iuris in iudicando de la decisión arbitral, especialmente cuando realizó una nueva valoración de la prueba (fls. 879 a 881 vto. c. ppal. del recurso de anulación), a partir de la cual llegó a una conclusión jurídica opuesta a la deducida por el juez arbitral y fue esa conclusión la que condujo a la decisión anulatoria.

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que los razonamientos de la sentencia de la que disiento, no se construyeron a partir de una causal de anulación, esto es por vicios in procedendo, sino que se estructuraron sobre presuntos vicios iuris in iudicando y en consecuencia, el contenido de la decisión es propio de la resolución de un recurso de alzada, en la medida en que sus razonamientos suponen en realidad de verdad un juicio sobre las conclusiones jurídicas y la valoración de las pruebas consignadas en el laudo. (negritas fuera de texto)

Por su parte el Magistrado Saavedra Becerra concluyó:

“(…) Encontrar procedente la nulidad de un laudo por diferencias en la apreciación de las pruebas obrantes en el expediente arbitral, supera los límites que la ley impuso al recurso de anulación de laudos arbitrales.(…)”

En suma, observa la Corte Constitucional que el recurso de anulación, en los términos propuestos en la sentencia censurada, se constituyó en una revisión por errores *in iudicando*, lo cual, esta proscrito para acciones como la que dio origen al proveído de la Sección Tercera.

Para la Corporación, la sentencia acusada contiene un cuestionamiento a la interpretación de la normas y la apreciación del caudal probatorio hecho por los árbitros, además de sentar la posición del Juez Contencioso en relación con lo que sería un correcto entendimiento de la normatividad del contrato; todo lo cual riñe con la competencia que en virtud del recurso de anulación por la causal propuesta se le atribuye al Contencioso Administrativo.





...

Está claro que el punto específico sujeto a examen por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, era la definición de la existencia o inexistencia, en el asunto revisado, de la causal 2ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, la cual proscribía en materia de laudos el fallo en conciencia “(...) *siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”. En la resolución de este tema, la providencia atacada, luego de realizar una evidente valoración probatoria y el análisis de los documentos contractuales concluyó que la solicitud de nulidad debía prosperar, pues, los árbitros habían fallado en conciencia. Para la Sala, esta deducción es producto de una extralimitación en la competencia.

Si se revisa la providencia atacada, se observa que se descalifica la lectura que los árbitros hicieron de diversos soportes normativos y probatorios, con lo cual, dicho sea de paso, se advierte sin duda alguna que el fallo arbitral acudió a razonamientos jurídicos y fue producto de una lectura de la normatividad que rige el contrato y de las pruebas que se recaudaron para dirimir la controversia, en especial el peritazgo practicado dentro del proceso. En suma, el Juez Contencioso estimó lo que entendió como errores *in iudicando* para declarar el laudo como un pronunciamiento en conciencia y no en derecho.

Para la Corte, el laudo arbitral del caso, de conformidad con lo expuesto, no es una decisión en conciencia sino en derecho. La evidencia de esta situación no solo es la actividad que adelantó el Juez Contencioso para censurar la interpretación del Juez Arbitral, sino, el laudo mismo.

Para la corporación, no pasa desapercibido que en el apartado 2.1 “*las pretensiones declarativas y de condena*” del laudo arbitral, al momento de consignarse las “*Consideraciones del Tribunal*”, se exponga:

*“En esta instancia del laudo, y de acuerdo con lo que al inicio de este escrito se acotó **en relación con el contrato de concesión y sus características**, el Tribunal expresa que **por el hecho de que no se le dé al flujo financiero el alcance pretendido por los demandantes de reconversión, ello no quiere decir que se desconozca la naturaleza del contrato suscrito entre las partes y desnaturalice de esta manera el contrato de concesión. Por el contrario, considerado como un documento integrante de la propuesta, el Tribunal, con los restantes documentos contractuales, ha concluido que los factores de ajuste fijo para el componente de suministro e instalación y del IPC para la operación y mantenimiento constituyen la recíproca intención de las partes sobre los ajustes acordados y, también, que lo rotulado como ‘TIR’ del proyecto apreciado integralmente el proyecto y, en particular, la expresión costos de operación se proyecta en una utilidad asociada y razonable del 8% idéntica a la del componente de repotenciación**” (negritas fuera de texto)*

Sin duda, es un ejercicio jurídico el que lleva al fallador arbitral a entender que la utilidad por operación y mantenimiento se debe estimar en un porcentaje del 8%, similar al contemplado para el suministro e instalación. La apelación a las características del contrato de concesión, tal como fueron establecidas en el





acápites “*El tipo contractual celebrado y su régimen jurídico*” del laudo, comprendido a lo largo de 14 páginas, no son nada distinto de la consideración sobre la normativa y alguna doctrina sobre el asunto en resolución, todo lo cual, no se aviene con un fallo en conciencia sino con uno en derecho. Además, no se pierda de vista que se expresa una interpretación en relación con documentos como el flujo financiero. Distinto es que la parte inconforme y, posteriormente, la Sección tercera en el proveído cuestionado, no compartieran la apreciación que del derecho y las pruebas hizo el Tribunal de Arbitramento.

La valoración del laudo arbitral en referencia, como una decisión en derecho y no en conciencia, no se tiene únicamente por la Corte, sino que, los dos salvamentos de voto varias veces aludidos, así como el concepto del Ministerio Público, comparten tal percepción.

...

Por su parte, la Magistrada Correa Palacio, en el apartado 3 de su salvamento de voto, el cual subtitula “*la decisión arbitral censurada no constituyó un fallo en conciencia*” manifiesta:

“(...) Verificado el contenido del laudo arbitral acusado *salta a la vista que no se trata de un fallo en conciencia. Todo lo contrario, de su simple lectura se advierte que fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumple con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto se encuentra estructurado en normas jurídicas y en las pruebas obrantes en el expediente.*

En efecto, muestra el laudo arbitral que:

(...)

ii) Con los documentos del contrato, la oferta, su aceptación, los pliegos de condiciones, el contrato y su ejecución, los árbitros después de definir el marco legal de la concesión, las obligaciones legales y contractuales de las partes y el equilibrio económico del contrato, concluyeron que el concesionario sólo tenía derecho al pago de las luminarias efectiva y realmente suministradas e instaladas a los precios pactados que incluían su costo y una utilidad (8%).

(...)

iv) En la parte de la operación y mantenimiento, interpretando los documentos del contrato y con fundamento en el dictamen pericial, que indicaba que la TIR sólo se calcula por el flujo libre de caja, al encontrar inconsistencias en el flujo proyectado, se concluyó que ese documento contenía los costos reales de la operación y mantenimiento, al que debía agregársele una utilidad razonable que se fijó siguiendo el dictamen, en un porcentaje igual al de la primera etapa, o sea en un 8%.

(...)





En consecuencia, resulta equivocado calificar el laudo arbitral como un fallo en conciencia y menos aún que ello sea manifiesto, porque está fundamentado en derecho y en la valoración de las pruebas, entre otras: los documentos del contrato, y aquellos que dan cuenta de la ejecución del mismo y en el dictamen pericial, del cual se tomaron las cifras, análisis y conclusiones que fueron valoradas por el Tribunal Arbitral, incluso desestimando las objeciones que por error grave se formularon en su contra, valoración que insisto, no podía ser revisada al decidir el recurso de anulación. (...) (negritas fuera de texto)

Similar es la apreciación del Magistrado Saavedra Becerra:

"(...) En el caso concreto la sentencia de la que me aparto, afirma claramente que el laudo cuenta con los ingredientes típicos del que se profiere en derecho, cuando reconoce que el tribunal de arbitramento:

1. Hizo un análisis sobre la situación fáctica sometida a su conocimiento a la luz de lo previsto en el pliego de condiciones, la oferta presentada por el concesionario y las estipulaciones plasmadas en el contrato de concesión.

2. Hizo una apreciación sobre la prueba pericial arrimada al plenario,

Pero la razón por la cual concluye que el laudo es en conciencia "luego de haber señalado que el Tribunal valoró las pruebas" es que "el Tribunal al resolver uno de los asuntos sometidos a su consideración, concretamente el referido a la TIR del proyecto, realmente decidió en conciencia".

La Sala se apartó de lo expuesto por los árbitros respecto del monto de la utilidad por "la operación y mantenimiento" (...)

En la sentencia se manifiesta el desacuerdo respecto del porcentaje de utilidad que consideró demostrado el tribunal de arbitramento si se tiene en cuenta que afirmaron: "la conclusión a la cual arribó el Tribunal no tiene fundamento en los documentos contractuales, puesto que en el pliego de condiciones no se estableció que los costos de operación y mantenimiento tuvieran una utilidad del 8%"

(...)

Se tiene así que mientras para el Tribunal de Arbitramento el monto del TIR no estaba claramente pactado en el contrato, para la Sala sí porque constaba en la propuesta que forma parte integral de él. Mientras los árbitros consideraron que dicho monto correspondía al 8%, la Sala consideró que el TIR podría definirse en un 49,865% o 38,08%.

De todo lo anterior se deduce fácilmente que la Sala consideró configurado el laudo en conciencia porque no comparte la conclusión a la que arribó el tribunal de arbitramento sobre el monto del TIR. Se edificó también sobre diferencias claras respecto de la resolución de uno de los problemas jurídicos planteados en el proceso arbitral: el concepto y contenido del TIR.



Encuentro así que en la sentencia de la que me aparto, se concluyó que el laudo era en conciencia, mediante análisis que, como se explicó en acápites precedentes, escapan al ámbito del recurso de anulación.(...)

*Al margen de las similitudes o diferencias que puedan existir entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad, **considero que en el caso concreto se profirió un típico laudo en derecho; se trató de una providencia que ni se fundó en la convicción interna de los árbitros, ni se apartó del derecho positivo vigente (...)***” (negrillas fuera de texto)

La Corte, suscribe estas valoraciones y, observa que sólo por virtud del defecto orgánico que vicia la sentencia de la Sección Tercera, en este caso, asumir una competencia que dista de la propia del recurso de anulación, tuvo lugar una incorrecta estimación del laudo en lo tocante a la causal 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Por ende, para la Sala, carece de sustento la conclusión obtenida por la mayoría de la sección Tercera, cuando al desechar lo hecho por el Tribunal de arbitramento, so pretexto de tratarse de una decisión en conciencia, procedió a anular el pronunciamiento arbitral.

Adicionalmente, encuentra la Corporación que tampoco quedó satisfecho uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento para permitir la prosperidad del motivo alegado por los solicitantes de la anulación. Si se revisa la disposición, ella indica que la circunstancia del fallo en conciencia debe aparecer **de manifiesto en el laudo**. Para la Sala, esta exigencia no se hace presente en el proveído censurado. Por el contrario, los ingentes esfuerzos en la revisión del acervo probatorio y, el copioso cuestionamiento a la lectura que de la normatividad del contrato hizo el grupo de árbitros, ponen de presente lo poco patente y claro de la condición de “*manifiesto*” que le atribuyeron los accionantes del recurso y la Sección Tercera al laudo.

...”

3.4.2.6. Toda la alegación de la parte actora en torno a este punto se encamina a desconocer las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional y a pretender revivir el fallo dictado por el Consejo de Estado el 13 de mayo de 2009 que fue dejado sin efectos, reviviendo una discusión que se encuentra debidamente resuelta.

3.4.2.7. Sobre la cosa juzgada constitucional que, en torno a la alegación de la parte actora, se configuró en el caso concreto, con ocasión del fallo proferido por la Corte Constitucional se advierte que, con fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política de 1991 “*los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*”. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que, en el marco del control concreto, las acciones de tutela también están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica²⁶.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-661/13, reiterada en las Sentencias T-001/16, T-427/17 y T-219 de 2018, entre otras.



3.4.2.7. Según la Corte Constitucional, una sentencia proferida en proceso de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional cuando es seleccionada para revisión por parte de esa corporación y fallada en la respectiva Sala, como acaeció en el caso concreto.

3.4.3. Alegaciones contra las decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado

3.4.3.1. Concretamente en relación con la sentencia del 20 de septiembre de 2017, la unión temporal accionante, aclaró que la petición de amparo se solicita única y exclusivamente en relación con la *“ilegal decisión contenida en el numeral 9º de dicho laudo, por constituir estas decisiones (sic) la causa de la afectación de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso”* y que el defecto que se predica de la sentencia es haberse relevado de analizar el cargo propuesto contra la decisión arbitral con fundamento en el entonces vigente numeral 2º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, esto es, por haberse negado a revisar si se incurrió en la causal de haberse dictado el laudo en conciencia.

3.4.3.2. Sobre este aspecto la Sala advierte que la sentencia del 20 de septiembre de 2017 se dictó en cumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela dictado por la Corte Constitucional –SU-173 de 2015–, que en forma concreta dispuso: *“b) Pronunciarse sobre la solicitud de nulidad por los cargos contra la decisión arbitral y su providencia complementaria, relacionados con la causal de anulación establecida en el numeral 2 del artículo 72 de la ley 80 de 1993, atendiendo los límites propios del uso de la competencia del Juez contencioso en la materia, acorde con los lineamientos señalados en esta sentencia.”*

3.4.3.3. De la referida decisión y lineamientos no le era dable apartarse a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de tal manera que la decisión de cumplimiento de una orden de tutela no es posible cuestionarla nuevamente, por lo que los cargos no están llamados prosperar.

3.6. Conclusiones

3.6.1. En virtud de los razonamientos expuestos, considera la Sección Quinta del Consejo de Estado que concurren los requisitos adjetivos de procedibilidad de inmediatez y relevancia constitucional que tornan procedente del estudio de fondo de los cargos formulados, la inmediatez con excepción de la alegación de los defectos fáctico y sustantivo que se presentaron por razones diferentes a los supuestos de hecho que se consignaron como causales de anulación del laudo, en torno a los cuales se confirma la improcedencia de la acción.

3.6.2. En relación con los cargos formulados contra las providencias del Tribunal de Arbitramento se considera que existe cosa juzgada constitucional por haber sido resueltos en sede de tutela en la sentencia SU-173 de 2015.

3.6.3. Tampoco están llamados a prosperar los cargos contra las decisiones dictadas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado por ser esta una sentencia dictada en cumplimiento de un fallo de tutela que no puede ser





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

nuevamente cuestionada por esta vía judicial, pues ello implicaría una violación a los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

3.6.4. Lo anterior impone confirmar la providencia de primera instancia únicamente en cuanto declaró improcedente por inmediatez la acción en relación con el laudo arbitral por las causales de procedencia diferentes a las consignadas en el recurso de anulación y modificarla para negar la petición de protección constitucional en relación con los demás cargos.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de primera instancia, dictada el 8 de marzo de 2019 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, únicamente en cuanto declaró improcedente por inmediatez la acción en relación con el laudo arbitral por las causales de procedencia diferentes a las consignadas en el recurso de anulación.

SEGUNDO: REVOCAR la decisión en relación con los cargos endilgados al fallo dictado en relación con las providencias que resolvieron el recurso de anulación, para, en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

CUARTO: DEVOLVER el expediente contentivo del proceso ordinario que fue remitido en préstamo a la autoridad judicial correspondiente.

QUINTO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo, para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

SEXTO: Modificar la caratula del expediente, en el sentido de señalar como autoridad accionada a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y no a la Subsección "A" de la referida Sección.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente





Radicado: 11001-03-15-000-2018-03318-01
Demandante: DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE LA
SABANA S.A. DISELECSA S.A. Y OTRO

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado
Aclaro el voto



SC5780-6-1



GP059-6-1

