

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Cuando se insiste en los argumentos que expuso en el recurso de anulación / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

En el caso concreto, la Sala advierte que, en la demanda de tutela, la parte actora reiteró los argumentos que expuso en el recurso de anulación, en cuanto a temas como: (i) la competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la nulidad del contrato, (ii) la caducidad y (iii) la existencia de una decisión en equidad, esto es, dictada sin valoración probatoria y sin tener en cuenta las normas aplicables. Si bien la parte demandante alega que la providencia objeto de tutela incurrió en defecto fáctico, defecto sustantivo, violación directa de la Constitución Política, desconocimiento del precedente, defecto procedimental y error inducido, lo cierto es que, en últimas, lo que pretende es que se reabra el debate jurídico sobre la procedencia de declaratoria de nulidad de la cláusula quinta del contrato 49 del 21 de enero de 2014. (...) Aunque la parte demandante invoca la vulneración de derechos fundamentales y alega la existencia de defectos específicos en las providencias cuestionadas, lo cierto es que termina promoviendo indebidamente la tutela para obtener un pronunciamiento que reabra el debate agotado en el trámite del recurso de anulación y le dé la razón en cuanto a procedencia del reconocimiento y pago de la prima de éxito. Conviene precisar que los argumentos que sustentaron el recurso de anulación y ahora la demanda de tutela ya fueron decididos en la sentencia del 11 de diciembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-0315-000-2020-04965-00(AC)

Actor: JOSÉ WILLIAM SÁNCHEZ PLAZAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Y OTRO

La Sala decide la tutela interpuesta por José William Sánchez Plazas contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, y el tribunal de arbitramento convocado para dirimir el conflicto suscitado con ocasión del contrato de servicios (mandato) 49 del 21 de enero de 2014.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. El 26 de noviembre de 2020, en ejercicio de la acción de tutela y en nombre propio, el señor José William Sánchez Plazas pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de

justicia, que estimó vulnerados por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, y el tribunal de arbitramento convocado para dirimir el conflicto suscitado con ocasión del contrato de servicios (mandato) 49 del 21 de enero de 2014. En consecuencia, la parte actora propuso, textualmente, las pretensiones que se transcriben enseguida:

Se tutelen a mi favor los Derechos Constitucionales Fundamentales invocados para la protección que reclamo.

En consecuencia se ordene al TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y/O LA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "C" DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, dejar sin efecto Laudo arbitral de fecha 26 de marzo de 2019 y la sentencia que resolvió el recurso de anulación del 11 de diciembre de 2019, ordenándose en consecuencia, que se emita un pronunciamiento de fondo en el ámbito constitucional y legal aplicable al caso, conforme a las precisiones y directrices que la Honorable Sala Constitucional considere.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. Del contrato de prestación de servicios

2.1.1. El señor José William Sánchez Plazas y las EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA ESP Suscribieron el contrato de servicios – mandato 49 del 21 de enero de 2014, cuyo objeto era el siguiente:

ASESORÍA EL TRÁMITE, ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL PROCESAL Y DEFINICIÓN DE INSTRUMENTOS DE DEFENSA DE EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P., ASÍ COMO LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL Y DEFENSA DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE E.P.N. E.S.P. EN EL TRÁMITE DE LA CONTROVERSA CONTRACTUAL PROPICIADA POR OPERADORES DE AGUAS Y ENERGÍA S.A. E.S.P. CONTRA EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P., ANTE LAS INSTANCIAS JUDICIALES SEGÚN RADICACIÓN No. 41001-2331-000-2011-00302.

2.1.2. En la cláusula 16, el contrato de prestación de servicios No. 49 del 21 de enero de 2014 previó lo siguiente:

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las partes acuerdan que cualquier diferencia que surja entre ellas sobre la interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación o las consecuencias futuras del contrato, serán resueltas a través de los siguientes mecanismos: a) por acuerdo directo o transacción entre las partes; b) Mediante Conciliación prejudicial ante funcionario o centro autorizado por la Ley. Si llegaren a fracasar las dos alternativas anteriores, las controversias que surjan se resolverán a través de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres (3) miembros que serán designados conforme lo establece la Ley. El cual fallará en derecho en el Centro de Arbitramento de la Cámara de Comercio de la ciudad de Neiva y por consiguiente, no podrá conciliar pretensiones opuestas y procederá por los trámites consignados en el Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, y en las demás normas legales concordantes que los adicionen o modifiquen y con los efectos consignados en dichos ordenamientos y en el Código de Procedimiento Civil.

2.1.3. Mediante otro sí del 26 de febrero de 2014, el demandante y la sociedad Empresas Públicas de Neiva ESP modificaron la forma de pago y pactaron una bonificación de éxito equivalente al 3 % de las pretensiones propuestas en el proceso de controversias contractuales promovido por la sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A. E.S.P. La respectiva cláusula quinta quedó así:

FORMA DE PAGO. Empresas públicas de Neiva pagará al contratista de la siguiente manera: 1) La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) MÁS IVA una vez entregue el análisis o estudio del estado del proceso y determine la estrategia de defensa para defender los intereses económicos de la empresa, lo que corresponderá a un periodo máximo de seis (6) meses desde la suscripción del Acta de Inicio, con certificación de recibo del supervisor del contrato. Contratista podrá anticipar el pago con la entrega del documento de análisis o estudio y estrategia. 2) La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) MÁS IVA, con la constancia de presentación de alegatos de instancia, previos a la sentencia de primera instancia, lo cual corresponderá a un periodo mínimo de seis (6) meses contados a partir de la entrega del documento del análisis o estudio y estrategia al cual se refiere el numeral anterior. El contratista podrá anticipar dicho pago de acuerdo a la celeridad del proceso. 3) La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) MÁS IVA una vez obtenga sentencia de primera instancia, con un informe ejecutivo explicativo de la misma, en donde se conceptúa sobre la actitud procesal de la Empresa respecto de esa sentencia (apelación o alegatos de oposición a la apelación de la contraparte), lo cual corresponderá a un periodo mínimo de seis (6) meses contados a partir de la presentación del recurso de apelación o alegaciones de oposición, según el caso. El contratista podrá anticipar dicho pago de acuerdo a la celeridad del proceso. 4) El saldo o sea a la suma CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS (\$120.000.000.00) con la presentación de la sentencia de segunda instancia, lo cual corresponderá a un periodo mínimo de 12 meses contados a partir de la presentación del recurso de apelación o alegaciones de oposición según el caso. El contratista podrá anticipar dicho pago de acuerdo a la celeridad del proceso. En todo caso la representación judicial se mantendrá durante la vigencia del proceso judicial. HONORARIO.

MIXTO: El CONTRATISTA tendrá derecho a un porcentaje o participación económica equivalente al tres (3 %) por ciento de lo pretendido en la demanda, si la sentencia es favorable

a los intereses económicos de EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA ESP, es decir, si es absuelta de las pretensiones económicas de la demanda, valor que deberá ser reconocido mediante acto administrativo y la orden de pago correspondiente en la vigencia que corresponda [...].

2.2. Del procedimiento arbitral

2.2.1. El 22 de enero de 2018, el señor José William Sánchez Plazas presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Neiva, con el fin de solucionar las diferencias surgidas con Empresas Públicas de Neiva, en relación con el contrato de prestación de servicios. En apoyo de las pretensiones, el convocante afirmó que representó judicialmente a la convocada en un proceso judicial, que resultó favorable a la entidad, y que no pagaron sus honorarios (\$313.200.000) ni la prima de éxito (\$1.185.103.214).

2.2.2. Por laudo del 26 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral decretó oficiosamente la nulidad parcial de la cláusula quinta del contrato, en lo referente a la prima de éxito. En concreto, el tribunal consideró lo siguiente:

- (i) Que la sociedad Empresas Públicas de Neiva ESP demostró que pagó al demandante los honorarios pactados y que, por ende, la discusión se limita a la procedencia del pago por prima de éxito.
- (ii) Que, preliminarmente, debía determinarse si hubo vulneración de los principios contractuales aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios y que deriven en la nulidad del contrato.
- (iii) Que a la sociedad Empresas Públicas de Neiva ESP es aplicable el régimen de derecho público, puesto que el municipio de Neiva es propietario de más del 90 % del patrimonio social.
- (iv) Que, inicialmente, el contrato de servicios de representación judicial fue suscrito con el abogado José Ricardo Falla Duque, por un valor de \$336.400.000 y sin prima de éxito.
- (v) Que, en cuanto a la prima de éxito, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹ fijó, en resumen, los siguientes requisitos para efecto de formularla en contratos estatales: (1) debe sustentarse en estudios previos, que deberán dar cuenta de la metodología para establecerla y del límite razonable para pactarla, de modo que responda al principio contractual de conmutatividad; (2) debe comprender el valor del IVA y de cualquier otro impuesto; (3) solo procede cuando se logre el beneficio o éxito identificado en los estudios previos; (4) la simple ejecución del contrato no es suficiente para el reconocimiento de la prima de éxito, y (5) deben cumplirse las disposiciones presupuestales.
- (vi) Que la prima de éxito no resulta procedente en el caso del señor Sánchez Plazas, toda vez que: (1) no cuenta con estudios previos que la justifiquen y sustenten; (2) no se trató de una erogación debidamente presupuestada; (3) no existe justificación frente a la variación de la remuneración del abogado José Ricardo Falla Duque; (4) no fueron incluidos los impuestos, y (5) que la omisión en los estudios previos deriva en la nulidad parcial de la cláusula quinta del contrato, en lo referente a la prima de éxito.

2.3. Del recurso extraordinario de anulación

2.3.1. El señor José William Sánchez Plazas interpuso recurso extraordinario de anulación, con fundamento en las causales previstas en los numerales 1, 2, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012². En síntesis, el demandante alegó lo siguiente:

¹ Sentencia del 6 de mayo de 2015 (expediente 2003-01754), demandante: Ana Sofía Mesa de Cuervo, demandado: departamento del Valle del Cauca.

² Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.

2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

[...]

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

[...]

- (i) Causal primera. Que el pacto arbitral resulta inoponible e inexistente en cuanto a asuntos ocurridos en la etapa precontractual.
- (ii) Causal segunda. Que operó la caducidad en cuanto a la posibilidad de decretar la nulidad absoluta del contrato, puesto que habían transcurrido más de dos años entre el perfeccionamiento del contrato y la convocatoria del tribunal de arbitramento. Que, además, el tribunal de arbitramento carecía de competencia para declarar la nulidad, por cuanto los asuntos precontractuales no hicieron parte de la cláusula compromisoria.
- (iii) Causal tercera. Que la decisión arbitral fue proferida en equidad, puesto que el tribunal desconoció el contenido y alcance de la cláusula compromisoria, que estuvo sustentada en precedentes no aplicables, que no fueron aplicadas las normas que regulan la etapa precontractual y de elaboración de estudios previos, que no tuvo en cuenta el contexto en que fueron pactados los honorarios, que desconoció que los estudios previos no son necesarios en contratación directa, la nulidad no podía sustentarse en precedentes jurisprudenciales, y que había operado la caducidad frente al tema de la nulidad del contrato.
- (iv) Causal cuarta. Que el tribunal no podía pronunciarse sobre la etapa precontractual, por no hacer parte de la cláusula compromisoria. Que se concedió más allá de lo pedido, toda vez que la discusión planteada se refirió al pago de la prima de éxito y no a la nulidad del contrato. Que el tribunal de arbitramento omitió aplicar las normas contractuales pertinentes y ordenar el pago de la prima de éxito.

2.3.2. Por sentencia del 11 de diciembre de 2019, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, declaró infundado el recurso de anulación, por los motivos que se resumen enseguida:

- (i) En cuanto a la causal primera. Que la causal no fue debidamente sustentada, puesto que el demandante se refirió a situaciones relacionadas con la competencia del tribunal arbitral y no a la inexistencia o inoponibilidad por

incumplimiento de requisitos sustanciales del contrato. Que la discusión sobre la competencia debería abordarse en el estudio de la causal cuarta.

- (ii) En cuanto a la segunda causal. Que no operó la caducidad puesto que la demanda fue presentada el 22 de enero de 2018, esto es, antes de fenecer los dos años posteriores a la terminación del contrato (8 de noviembre de 2016). Que el tribunal también estaba habilitado para pronunciarse oficiosamente sobre la nulidad del contrato, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil³. Que *«no le asiste razón al recurrente al sostener que la decisión se produjo sin competencia, pues declarar la nulidad absoluta del contrato o de sus cláusulas es una facultad oficiosa que corresponde al juez del contrato, sea institucional o arbitral, con*

9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

[...].

³ La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

independencia de la cláusula compromisoria pactada, siempre que concurren los requisitos exigidos por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Esta competencia de origen legal lo habilita, además, a estudiar no solo el contrato, sino su etapa de formación para determinar si en alguna de sus cláusulas hay de causa u objeto ilícitos».

(iii) En cuanto a la tercera causal. Que la decisión no fue en equidad, sino en derecho, pues estuvo sustentada en los artículos 1498, 1530, 1536, 1541, 1542 y 1742 del Código Civil, en el régimen jurídico aplicable a los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y en los parámetros jurisprudenciales fijados en cuanto a la prima de éxito.

(iv) En cuanto a la cuarta causal. Que la decisión arbitral no fue incongruente o dictada sin competencia, puesto que decidió sobre las pretensiones propuestas en la demanda, esto es, sobre la procedencia de la prima de éxito. Que, además, *«se pretende construir la incongruencia del fallo al aducir de nuevo incompetencia para declarar la nulidad de la cláusula. Como se trata de una facultad oficiosa, la nulidad de la cláusula suponía, necesariamente, la negativa de las pretensiones como, en efecto, resolvió el Tribunal Arbitral».*

3. Argumentos de la acción de tutela

3.1. Preliminarmente, la parte actora explicó que la tutela cumple los requisitos generales de procedibilidad. Que fueron agotados todos los recursos disponibles frente al laudo arbitral, a saber, el recurso de anulación. Que la tutela fue interpuesta en un tiempo razonable, puesto que la sentencia del 11 de diciembre de 2019 fue notificada mediante edicto del 10 de septiembre de 2020. Que el asunto tiene relevancia constitucional, por cuanto existieron múltiples errores en la decisión arbitral. Que no se cuestionan decisiones de tutela y los errores identificados tuvieron un efecto determinante en la decisión de declarar la nulidad de la cláusula quinta del contrato 49 del 21 de enero de 2014.

3.2. En cuanto al fondo del asunto, el demandante adujo lo siguiente:

3.2.1. Que las providencias del 26 de marzo de 2019 y del 11 de diciembre de 2019

incurrieron en **defecto procedimental**, toda vez que el tema de la nulidad del contrato

no hizo parte de la cláusula compromisoria y el tribunal arbitral no podía declararla. Que, además, *«el laudo ni siquiera abordó el planteamiento de la caducidad de la acción respecto de la convocada».*

3.2.1.1. Que la sentencia del 11 de diciembre de 2019 señaló equivocadamente que los árbitros tienen competencias absolutas y oficiosas y, por ende, permitió la declaratoria de nulidad absoluta del contrato. Que, además, dicha sentencia permitió que el laudo fuera *extra petita* y permitió el desconocimiento del principio de congruencia.

3.2.2. Que el laudo del 26 de marzo de 2019 incurrió en **defecto fáctico**, puesto que *«no valora las pruebas recaudadas dentro del plenario, en la forma que se cuestiona en el recurso de anulación, al punto que la sentencia que resolvió el recurso de anulación así lo refiere, falencia que incide directa y sustancialmente en la decisión adoptada y varía drásticamente el sentido del fallo proferido. Por*

economía me remito a estos cuestionamientos que se relacionan en el recurso de anulación».

3.2.3. Que el laudo arbitral cuestionado también tiene un **defecto sustantivo**, por cuanto *«contradice instituciones jurídicas constitucionales que integran y sistematizan el régimen de los árbitros y su función jurisdiccional, desatiende el pacto arbitral y el ámbito de la competencia que asumió en el trámite del proceso, extralimitando sus potestades a partir de “normas sustantivas contractuales” a favor de la convocada empresa de servicios públicos domiciliarios y disposiciones presupuestales que No le son aplicables, tipificando los fundamentos fácticos en una jurisprudencia absolutamente inaplicable y desatendiendo precedentes propios del régimen y naturaleza de éste tipo de entidades».*

3.2.4. Que hubo **error inducido** en la sentencia del 11 de diciembre de 2019, por cuanto pudieron influir los argumentos de defensa presentados por el apoderado de la sociedad Empresas Públicas de Neiva y el concepto rendido por el Ministerio Público.

3.2.5. Que la sentencia del 11 de diciembre de 2019 incurrió en desconocimiento del precedente, pues *«es claro que la desatención integral y sistemática del régimen de los árbitros y su función jurisdiccional transitoria en la que se incurre en las providencias objeto de cuestionamiento, van en contra vía de precedentes como son las sentencias C-305 de 2013 y C-765 de 2013 de la Corte Constitucional».* Que, además, fueron desconocidos precedentes relacionados con la caducidad y con las limitaciones que tienen los tribunales arbitrales, fijados por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

4. Trámite

4.1. Por auto del 2 de diciembre de 2020, el Despacho Sustanciador admitió la demanda de tutela y ordenó notificar, en calidad de demandados, a los magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, y a los árbitros César Augusto Nieto Velásquez, Diana Marcela Ortiz Tobar y Carlos Reynaldo Álvarez Rubiano, que conformaron el tribunal de arbitramento convocado por José William

Sánchez Plazas. Asimismo, en calidad de tercero con interés fue dispuesta la notificación al gerente de las Empresas Públicas de Neiva ESP.

4.2. La Secretaría General del Consejo de Estado realizó las notificaciones ordenadas en el auto admisorio, mediante correos electrónicos del 10 y 16 de diciembre de 2020.

5. Intervenciones

5.1. El **Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C**, manifestó que las consideraciones expuestas en la providencia del 11 de diciembre de 2019 son suficientes para poner en evidencia la improcedencia de la acción de tutela.

5.2. La sociedad **Empresas Públicas de Neiva ESP** se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela. En síntesis, expuso lo siguiente:

5.2.1. Que la prima de éxito reclamada por la parte actora resulta desproporcionada y su reconocimiento derivaría en una grave afectación del patrimonio público. Que así lo advirtió el propio tribunal de arbitramento.

5.2.2. Que la prima de éxito fue denegada con base en el precedente fijado por la propia Sección Tercera del Consejo de Estado.

5.2.3. Que la sentencia del 11 de diciembre de 2019 dio cuenta suficiente de las razones de hecho y de derecho que justificaron la declaratoria de nulidad parcial de contrato suscrito con el señor Sánchez Plazas.

5.3. Los árbitros César Augusto Nieto Velásquez, Diana Marcela Ortiz Tobar y Carlos Reynaldo Álvarez Rubiano no intervinieron, pese a que, como se vio, fueron notificados de la admisión de la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

1.1. A partir del año 2012⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁵, se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

1.2. Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela.

1.3. Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela:

(i) defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente, y **(viii)** violación directa de la Constitución.

1.4. Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

1.5. Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «*la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional*»⁶.

2. Planteamiento y respuesta al problema jurídico

⁴ Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

⁵ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

⁶ SU-573 de 2017.

2.1. Previo a cualquier pronunciamiento frente al fondo del asunto, la Sala decidirá si la tutela cumple el requisito de relevancia constitucional.

2.2. El requisito de **relevancia constitucional** tiene como finalidad proteger la autonomía e independencia judicial y evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones. Para determinar si una solicitud de amparo tiene o no relevancia constitucional, la Sala Plena del Consejo de Estado ha considerado necesario examinar dos elementos⁷:

(i) El primero consistente en que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, para el efecto, que *«no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales»*.

(ii) El segundo consiste en que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada, puesto que este mecanismo especial está constituido para proteger derechos fundamentales, mas no para discutir la discrepancia que el interesado tenga frente a la decisión judicial.

2.2.1. En la sentencia SU-033 de 2018, la Corte Constitucional indicó que, en materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional es mucho más riguroso que frente a providencias judiciales y que, por ende, para tenerlo por cumplido, debe demostrarse de manera inequívoca la vulneración de derechos fundamentales, esto es, *«acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación»*. Asimismo, la Corte explicó que carecen de relevancia constitucional las discusiones de contenido legal, contractual o económico.

2.3. En el caso concreto, la Sala advierte que, en la demanda de tutela, la parte actora reiteró los argumentos que expuso en el recurso de anulación, en cuanto a temas como: (i) la competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la nulidad del contrato, (ii) la caducidad y (iii) la existencia de una decisión en equidad, esto es, dictada sin valoración probatoria y sin tener en cuenta las normas aplicables. Si bien la parte demandante alega que la providencia objeto de tutela incurrió en defecto fáctico, defecto sustantivo, violación directa de la Constitución Política, desconocimiento del precedente, defecto procedimental y error inducido, lo cierto es que, en últimas, lo que pretende es que se reabra el debate jurídico sobre la procedencia de declaratoria de nulidad de la cláusula quinta del contrato 49 del 21 de enero de 2014. Veamos.

2.4. En el recurso de anulación, como primera causal, la parte actora invocó la presunta *«inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral»*. Para sustentarle, el demandante alegó lo siguiente:

[...] es clara la inexistencia de cláusula compromisoria para controversias o “diferencias” de nulidad correspondientes a actos administrativo de trámite (exclusivos de la convocada), ocurridos en la etapa previa y/o precontractual, relacionadas con el perfeccionamiento de la voluntad o suscripción del contrato de prestación de servicios No. 49 del 21 de enero de 2014 y su Otro

⁷ Sentencia del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Radicado número: 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios S.A. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

sí No. 01 del 26 de febrero de 2014 suscrito; Hay ausencia de voluntad, esto es, que no hubo consentimiento; hay ausencia de objeto, pues no se concretó o determinó la controversia de nulidad absoluta de ese negocio jurídico y hay ausencia de solemnidad, por no contemplarse en la cláusula suscrita las controversias o conflictos de la etapa precontractual (bajo el dominio de la convocada) y hasta la suscripción del contrato de prestación de servicios.

[...]

[...] Resulta ineficaz o inoponible a las partes, la “supuesta” cláusula compromisoria o pacto arbitral citada en tratándose de cualquier controversia o diferencia sobre materias no arbitrables en este proceso, como son las referentes a la nulidad absoluta del contrato base de la demanda por presunta omisión de un requisito legal de la etapa previa del procedimiento contractual (por deficiencia en la motivación del acto administrativo de trámite de “estudio previo” que solo es responsabilidad de la demandada), desconociendo además el régimen legal contractual de la convocada.

2.4.1. En la demanda de tutela, en el mismo sentido, el señor Sánchez Plazas manifestó lo siguiente:

En el contexto de los antecedentes y fundamentos brevemente reseñados, es claro que el Tribunal de arbitramento desbordó el régimen jurídico de la función jurisdiccional transitoria de los árbitros y el pacto arbitral suscrito entre las partes del proceso arbitral, desconoció que la cláusula compromisoria que los habilitó, no contemplaba controversias sobre la formación, elementos o requisitos de existencia y validez del negocio jurídico y que por tanto es constitucionalmente irregular fallar extra y ultra petita en favor de la convocada y en detrimento del convocante, desconociendo la igualdad de cargas y derechos de las partes en un proceso y el principio de congruencia que rige la ley procesal, al punto de desconocer la caducidad del derecho de acción desde la perspectiva de la convocada, en las fechas del traslado de la demanda arbitral, para proponer demanda de reconvención o excepciones como la de nulidad absoluta del contrato (parcial) por supuesto objeto ilícito, soportándose en una jurisprudencia (no de unificación) solo aplicables a las entidades sometidas al Estatuto general de contratación y en presupuestos del Decreto presupuestal 111 de 1996, lo cual contraviene el régimen jurídico contractual y presupuestal de la empresa de servicios públicos domiciliarios demandada.

2.5. En cuanto a la segunda causal de anulación, esto es, «*la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o competencia*», en el recurso de anulación, la parte demandante explicó lo siguiente:

En este proceso de arbitramento está acreditado que la contestación de la demanda arbitral, en la que se incluye como excepción de mérito la pretensión de nulidad absoluta del contrato de base, fue presentada el

día lunes 21 de mayo de 2018 [...] cuando el contrato suscrito entre las partes YA NO ESTABA VIGENTE, porque había terminado normalmente con el cumplimiento total de las obligaciones por el contratista (aquí convocante). Además, que la convocada al contestar los hechos de la demanda, en especial los 7, 8, 9 y 10, reconoce la existencia y validez (total) del contrato, incluso su ejecución total.

Si la controversia – pretensión de nulidad absoluta, estaba caducada, mal podría el juez decretarla de oficio, ignorando que esto es presupuesto procesal de la acción y el artículo 1742 del Código Civil, en su integridad.

2.5.1. En la demanda de tutela, la parte actora volvió a plantear el tema de la caducidad, así:

[...] el laudo ni siquiera abordó el planteamiento de la caducidad de la acción respecto de la convocada, tal como se planteó en la contestación de las excepciones, en los alegatos de instancia ante el tribunal de arbitramento y en el mismo recurso de anulación; mientras que la Honorable Sección Tercera Subsección “C” estudió y decidió la caducidad de la acción fue respecto del convocante-demandante, lo cual es ilógico, pues el desconocimiento de la caducidad favorece es a la entidad pública demandada.

[...]

En lo que tiene que ver con la caducidad, la sentencia C- 832 de 2001, precisa que entraña un vicio de irremediable configuración por lo que el fallador está llamado a decretarla de oficio, con mayor razón si obra petición de parte; pues es el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, el que limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción. Es inequívoco que la caducidad impida el ejercicio de la acción que, en el caso que nos ocupa, quien ejerce la acción de nulidad absoluta del contrato es la empresa de servicios públicos domiciliarios, y en las consideraciones de la Honorable Sección Tercera es a esta parte a quien favorece, luego el límite temporal de su ejercicio se debe contabilizar es para la época en que la demandada-convocada ejercer esa “acción” a través de un medio exceptivo.

2.6. Con respecto a la tercera causal de anulación, esto es, «*haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*», la Sala estima pertinente transcribir el resumen de la sustentación realizada por el demandante en el respectivo recurso de anulación, así:

El recurrente sostuvo que se configura la causal porque el Tribunal: (i) desconoció las materias arbitrales limitadas por la cláusula compromisoria, (ii) acudió a una sentencia de la Corte Constitucional ajena al caso y a decisiones de la jurisdicción contenciosa de la Ley 80 de 1933 no aplicables, dado el régimen excepcional de la empresa, (iii) no aplicó las normas de contratación de la entidad, en particular las que regulan la elaboración de estudios previos, como acto administrativo precontractual y la contratación directa, (iv) no tuvo en cuenta el contexto en el que se pactaron los honorarios, según los documentos aportados al proceso; (v) exigió la elaboración de estudios previos en contratación directa, cuando solo es procedente para licitaciones públicas y procedimientos de selección abreviada; (vi) no invocó norma imperativa vulnerada y estudió la legalidad del precio del contrato con base en los parámetros de una sentencia que, por ser fuente auxiliar, no podía ser fundamento de la nulidad absoluta del contrato; (vii) decidió sobre la nulidad del contrato, no obstante la caducidad de esa pretensión.

2.6.1. Ahora, en la demanda de tutela, el señor Sánchez Plazas también adujo presuntas falencias relacionadas con la ausencia de sustentación normativa y probatoria, así:

[...] el laudo cuestionado no valora las pruebas recaudadas dentro del plenario, en la forma que se cuestiona en el recurso de anulación, al punto que la sentencia que resolvió el recurso de anulación así lo refiere, falencia que incide directa y sustancialmente en la decisión adoptada y varía drásticamente el sentido del fallo proferido. Por economía me remito a éstos cuestionamientos que se relacionan en el recurso de anulación.

[...]

El laudo cuestionado contradice instituciones jurídicas constitucionales que integran y sistematizan el régimen de los árbitros y su función jurisdiccional, desatiende el pacto arbitral y

el ámbito de la competencia que asumió en el trámite del proceso, extralimitando sus potestades a partir de “normas sustantivas contractuales” a favor de la convocada empresa de servicios públicos domiciliarios y disposiciones presupuestales que No le son aplicables, tipificando los fundamentos fácticos en una jurisprudencia absolutamente inaplicable y desatendiendo precedentes propios del régimen y naturaleza de éste tipo de entidades.

2.7. En cuanto a la última causal de anulación, referida a la posibilidad de que el laudo hubiera recaído sobre «*aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*», en el respectivo recurso, la parte actora dijo lo siguiente:

- (i) Que «*si las partes no incluyeron en las materias arbitrales controversias o conflictos que refieran los actos administrativos de trámite precontractuales (que son exclusivos de la convocada) como es el estudio previo, correspondientes en la formación de la voluntad de la administración que dio lugar a la suscripción de la misma del contrato de prestación de servicios sobre el cual versa este proceso. Es equívoco que el tribunal del arbitramento podía ejercer jurisdicción o competencia sobre estos aspectos, al no estar sujetos a su decisión en la cláusula de arbitramento*».
- (ii) Que «*haberse concedido más de lo pedido [...] la cláusula de arbitramento impedía que el tribunal se pronunciara sobre una supuesta nulidad absoluta parcial del contrato de prestación de servicios, pues no era una materia arbitrable*».
- (iii) Que «*no haberse decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento [...] omitir el pago del saldo insoluto [...] omitir el pago de la prima de éxito [...] al desconocer la naturaleza jurídica de la entidad convocada y el régimen contractual aplicable a la misma [...] al desconocer 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, sobre la obligatoriedad de ejecutar los contratos de buena fe [...] al incurrir en abuso de sus derechos y posición dominante*».

2.7.1 En la demanda de tutela, al respecto, la parte actora expuso lo siguiente:

La Sentencia C-066 de 1997, concluyó que “(...) *el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios (...)*” y en la Sentencia C-035 de 2003, la Corte define que para efectos contractuales la Ley 80 de 1993 no es aplicable para el sector de los servicios públicos domiciliarios, no obstante es pertinente enfatizar que el laudo arbitral cuestionado desconoció estos precedentes. Sin embargo, la causal de nulidad absoluta del contrato declarada de oficio por el Tribunal de Arbitramento, se **tipificó en la causal**

del numeral 1º del artículo 899 del Código del Comercio en armonía con el artículo 1741 y 1742 del Código Civil, o sea **“cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”**, justificándose pero en una jurisprudencia (**que no tiene el carácter de precedente y que según el artículo 10 del CPACA no es imperativa para la administración, ni tampoco daría lugar al procedimiento de extensión de jurisprudencia a terceros en el contexto del artículo 269 ibídem**) **“es una norma imperativa”**, pero en todo caso, también, desconoce que solo opera el artículo 1742 del Código Civil **“cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (...)”**,

circunstancia que no se presentó, ya que se estructuró en disquisiciones no sistemáticas con la ley sustancial ni integradas a la competencia constitucional y legal estatutaria de los árbitros.

[...]

Cuando las partes suscriben pacto arbitral, como en el caso que nos ocupa, se produce de inmediato la derogatoria de la jurisdicción ordinaria (sea civil o contenciosa administrativa) la cual si está habilitada constitucionalmente con facultades oficiosas, tal como se precisa en la sentencia C-878 del 2005.

En el contexto de la presente demanda, es claro que la desatención integral y sistemática del régimen de los árbitros y su función jurisdiccional transitoria en la que se incurre en las providencias objeto de cuestionamiento, van en contra vía de precedentes como son las sentencias C-305 de 2013 y C-765 de 2013 de la Corte Constitucional (resaltado y cursivas del texto original).

2.8. Aunque la parte demandante invoca la vulneración de derechos fundamentales y alega la existencia de defectos específicos en las providencias cuestionadas, lo cierto es que termina promoviendo indebidamente la tutela para obtener un pronunciamiento que reabra el debate agotado en el trámite del recurso de anulación y le dé la razón en cuanto a procedencia del reconocimiento y pago de la prima de éxito.

2.8.1. Conviene precisar que los argumentos que sustentaron el recurso de anulación y ahora la demanda de tutela ya fueron decididos en la sentencia del 11 de diciembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, así:

Causal invocada: “La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral” (numeral 1º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

[...]

4. Los argumentos del recurrente están encaminados a demostrar que el Tribunal no se encontraba habilitado para declarar la nulidad absoluta de las cláusulas contrato con base en asuntos de naturaleza precontractual, dado que se suscribió solo con el fin de estudiar los conflictos derivados de la interpretación, ejecución y cumplimiento del contrato.

Sus razonamientos no se soportan verdaderamente en la inexistencia del pacto arbitral, por la omisión en el cumplimiento de las formalidades sustanciales previstas en la ley para que nazca ese contrato, ni mucho menos en su inoponibilidad por no ser parte del mismo. Como su inconformidad radica en que, con base en ese pacto se adoptó una decisión para la cual, sostiene, los árbitros no fueron habilitados por las partes, no procede la anulación por la causal del numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues no está prevista para estudiar la competencia de estos al decidir la controversia.

Frente a los razonamientos relativos a la competencia del tribunal para declarar la nulidad absoluta del contrato, que soportan esta causal, la Sala se referirá a continuación, dado que el recurrente, con los mismos argumentos, solicitó la anulación con fundamento en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Causal invocada: “La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o competencia” (numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

[...]

6. El contrato de prestación de servicios profesionales culminó el 8 de noviembre de 2016, fecha en la que se decidió el proceso contencioso administrativo, para cuya representación fue suscrito (f. 201 a 215 c. 2) y como la demanda se presentó el 22 de enero de 2018 (f. 1 a 22 c. 1), esto es dentro de los 2 años siguientes a la terminación del contrato, no operó el fenómeno de la caducidad.

De esta forma, el único límite temporal al que estaba sometido el Tribunal Arbitral para adoptar de oficio la nulidad absoluta del contrato era el saneamiento por prescripción extraordinaria de 10 años, conforme al artículo 1742 del Código Civil, el cual tampoco había transcurrido, pues el contrato se celebró el 21 de enero de 2014 (f. 33 a 40 c. 1) y el laudo se profirió el 26 de marzo de 2019.

[...]

Por lo anterior no le asiste razón al recurrente al sostener que la decisión se produjo sin competencia, pues declarar la nulidad absoluta del contrato o de sus cláusulas es una facultad oficiosa que corresponde al juez del contrato, sea institucional o arbitral, con independencia de la cláusula compromisoria pactada, siempre que concurren los requisitos exigidos por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Esta competencia de origen legal lo habilita, además, a estudiar no solo el contrato, sino su etapa de formación para determinar si en alguna de sus cláusulas hay de causa u objeto ilícitos.

[...]

Causal invocada: “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

[...]

11. La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (i) el acuerdo de las partes en el contrato de prestación de servicios y la existencia de una condición, en los términos de los artículos 1530, 1536, 1541 y 1542 del Código Civil; (ii) el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos conforme a Ley 142 de 1994 y a sus decisiones de constitucionalidad; (iii) los contratos onerosos regulados en el artículo 1498 del Código Civil y la regla de la conmutatividad; (iv) la nulidad del contrato por causa y objeto ilícito conforme a los artículos 1742 del Código Civil y 899 del Código de Comercio; (v) los parámetros de la jurisprudencia de esta corporación para determinar la legalidad de la prima de éxito; (vi) la importancia de los estudios previos para justificar la alteración en la conmutatividad de los contratos. El Tribunal Arbitral hizo su estudio en capítulos organizados temáticamente, analizó la cláusula de honorarios con base en esos parámetros y, con fundamento en la facultad oficiosa, declaró su nulidad absoluta.

[...]

Causal invocada: “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no

haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

[...]

19. El recurrente sostiene que no se resolvió sobre las cuestiones sujetas al arbitramento porque no se decidió sobre la prima de éxito. El Tribunal sí resolvió sobre las pretensiones de la demanda, pues al declarar la nulidad absoluta de la cláusula quinta negó, en la parte resolutive, las pretensiones de la demanda, encaminadas a exigir su pago.

Se pretende construir la incongruencia del fallo al aducir de nuevo incompetencia para declarar la nulidad de la cláusula. Como se trata de una facultad oficiosa, la nulidad de la cláusula suponía, necesariamente, la negativa de las pretensiones como, en efecto, resolvió el Tribunal Arbitral.

2.8.2. Por más informal que sea la tutela, y aunque sus objetivos sean la salvaguarda de derechos fundamentales, el interesado está en la obligación de ejercer adecuadamente el derecho de acción, es decir, de interponer la demanda con serios y fuertes argumentos para derribar las decisiones de los jueces, que se dictan previo agotamiento de los procedimientos reglados y conforme con una sólida razonabilidad.

2.8.3. Vale la pena insistir en que la acción de tutela es un mecanismo de protección que no sustituye ni reemplaza los demás medios ordinarios. Con la tutela no puede pretenderse la misma finalidad que con los otros medios legales puede lograrse eficazmente. El uso desbordado e irrazonable de la tutela, en vez de fortalecerla, la debilita.

2.8.4. La Sala también evidencia la falta de relevancia constitucional en el interés económico que motiva la interposición de la demanda de tutela, que no es otro que obtener el pago de la prima de éxito pactada en la cláusula anulada por el tribunal de arbitramento demandado. Como ya se dijo, la Corte Constitucional ha señalado que carecen de relevancia constitucional las discusiones de carácter económico frente a laudos arbitrales, como la que propone el señor Sánchez Plazas.

2.9. Por último, la Sala debe precisar que los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela son más estrictos cuando se cuestiona una decisión expedida por un órgano de cierre, como ocurre en este caso, que se acusa una providencia proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado. Así lo explicó la propia Corte Constitucional, en la sentencia T-398 de 2017:

Quando se trata de una acción de tutela contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en manifestar que los requisitos de procedibilidad son más estrictos, pues se trata de decisiones judiciales de los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, quienes se encargan de unificar jurisprudencia. Por ello, “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”.

2.10. Queda resuelto el problema jurídico planteado: la tutela de la referencia no cumple el requisito de relevancia constitucional y, por ende, será declarada improcedente.

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

FALLA

1. **Declarar improcedente** la acción de tutela promovida por José William Sánchez Plazas, por las razones expuestas.
2. **Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. **Publicar** esta providencia en la página web del Consejo de Estado.
4. **Si no se impugna, enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado

[Firmado electrónicamente]
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado