

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia / OPORTUNIDAD PARA ALEGAR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE CONTRATO ESTATAL / CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE CIÉNAGA

[O]bserva la Sala que aun cuando el Tribunal de Arbitramento accionado manifestó su desacuerdo, no se apartó de las reglas fijadas por el Consejo de Estado en las sentencias que según el accionado habrían sido desconocidas (...) Para ello, se propuso determinar si previo a la suscripción de la prórroga del contrato, pactado en el Otrosí Número 8 del 29 de enero de 2015, se habían efectuado reclamaciones en torno al desequilibrio económico del contrato. En efecto, a partir de pruebas documentales (actas) y testimoniales (declaración de la interventora del contrato), encontró probado que la sociedad Operadores de Servicios de La Sierra S.A. E.S.P. sí había puesto de presente que el incumplimiento de las obligaciones por parte del municipio estaban causando un impacto económico adverso y que sobre esos problemas se suscribieron distintos acuerdos para intentar superarlos. Bajo ese escenario, concluyó que no se cumplían los presupuestos fácticos que, en aplicación del precedente alegado por el actor, permitían determinar que las reclamaciones efectuadas por la sociedad Operadores de Servicios de La Sierra S.A. E.S.P frente al desequilibrio económico del contrato eran extemporáneas, en tanto se demostró que antes de la prórroga se habían expresado esas inconformidades. Circunstancia que a juicio del Tribunal de Arbitramento accionado pretendía desconocer el municipio de Ciénaga, bajo el argumento de que sobre ello no se había efectuado una manifestación expresa en el otrosí N 8, entendiéndolo como una renuncia por parte de la contratista (...) la Sala concluye que contrario a lo manifestado por el actor, la decisión objeto de tutela sobre la oportunidad para reclamar aspectos relacionados con el desequilibrio económico del contrato, no se edificó a partir del desconocimiento de las reglas que se han fijado en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, sino en el hecho de que se demostró que el asunto objeto de estudio no cumple con los presupuestos fácticos que habilitan su aplicación.

AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO BAJO LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA / INEXISTENCIA DE MANIFESTACIÓN EXPRESA DE RECLAMACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN OTROSÍ - No es óbice para desconocer reclamaciones suscritas en documentos contractuales anteriores / AUSENCIA DE RENUNCIA PARA RECLAMAR ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE CONTRATO

La transcripción in extenso de los apartes del laudo arbitral en el que se desarrolló el análisis sobre el reproche efectuado por el municipio actor en los alegatos de conclusión sobre la oportunidad de las reclamaciones efectuadas por la sociedad contratista en torno al desequilibrio económico del contrato (...) permite también a la Sala evidenciar que el Tribunal de Arbitramento accionado sí efectuó una valoración en torno al hecho de que se hubiese suscrito el Otrosí N 8 el 29 de enero de 2015, integrando al estudio otros medios probatorios lo cual materializa las reglas de la sana crítica. En efecto, consideró que el hecho de que en aquella oportunidad no se hubiese mencionado expresamente los efectos nocivos del incumplimiento por parte del municipio en el equilibrio económico del contrato, ello no permitía ignorar las actuaciones adelantadas por las partes anteriormente en esa materia y mucho menos una renuncia a la posibilidad de reclamar en la instancia arbitral.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01944-01(AC)

Actor: MUNICIPIO DE CIÉNAGA- MAGDALENA

Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación promovida por el municipio de Ciénaga, Magdalena, contra la sentencia dictada el 29 de agosto de 2017¹, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, dentro de la acción de tutela de la referencia, en la que declaró improcedente, por no cumplirse el requisito de la inmediatez, la acción de tutela promovida contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir la controversia suscitada entre la entidad territorial accionante y la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P. en el marco de la ejecución del contrato de concesión para *“la financiación, ampliación, rehabilitación y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y sus actividades complementarias en el municipio de Ciénaga”*.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Mediante laudo arbitral proferido el **10 de mayo de 2016**, por el Tribunal de Arbitramento² conformado para dirimir las controversias originadas en la celebración y ejecución de contrato estatal celebrado entre el municipio de Ciénaga y la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P, cuyo

¹ El expediente ingresó al despacho el 7 de mayo de 2018.

² Integrado por Camilo José David Hoyos, Rodrigo Oñate Villa y Omar Darío Avendaño Calvo.

objeto era la *“financiación, ampliación, rehabilitación y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y sus actividades complementarias”*, se declaró el incumplimiento parcial del contrato y, en consecuencia, se condenó al municipio al pago de las siguientes sumas de dinero:

(i) **Cinco mil seiscientos sesenta y un millones doscientos siete mil doscientos diecisiete pesos (\$5.661.207.217)**, por concepto de los gastos e inversiones realizados al proyecto entre los años 2001 al 2011.

(ii) **Ocho mil diez millones cuatrocientos nueve mil doscientos sesenta y siete pesos (8.010.409.267)**, por concepto de intereses moratorios derivados de la falta de pago de los recursos del contrato de concesión atinente a los costos e inversiones efectuados desde el año 2001 hasta el año 2011.

(iii) **Mil quinientos setenta y seis millones setecientos setenta y un mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos (\$1.576.771.447)**, por concepto de costas y gastos procesales.

Esa decisión se fundamentó en el incumplimiento del contrato por parte del municipio conforme a las siguientes circunstancias: (i) la omisión de entregar los predios y servidumbres para el desarrollo de la construcción de obras de expansión como fue pactado en la cláusula décima del contrato, (ii) desequilibrio económico del contrato originado por la falta de controles policivos para evitar conexiones fraudulentas y (iii) obras inconclusas de adecuación de la tubería.

1.2. Inconforme con esa decisión el municipio presentó recurso extraordinario de anulación. Para tal efecto, invocó la causal establecida en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que señala lo siguiente: *“haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*.

Lo anterior, al considerar que la decisión se fundamentó en lo que los árbitros *“apreciaron libremente como buena fe contractual y oportunidad en la reclamación del desequilibrio, alejándose de las pautas que les imponía el ordenamiento jurídico”*.

Específicamente, el actor manifestó que el Tribunal de Arbitramento accionado había desconocido las reglas fijadas en el ordenamiento jurídico en torno a la oportunidad para reclamar el desequilibrio económico del contrato, según las cuales es extemporánea una petición en ese sentido, cuando no se efectúan al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas, contratos adicionales y otrosíes en virtud del principio de la buena fe contractual.

1.3. Mediante sentencia proferida el 1 de junio de 2017, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, declaró infundado el recurso extraordinario de anulación, al considerar que el laudo arbitral acusado fue proferido en derecho, en la medida que *“(i) se ocupó de su propia competencia con fundamento en la cláusula compromisoria; (ii) analizó el régimen, naturaleza y alcance del contrato suscrito, incluidas las modificaciones acordadas y las obligaciones invocadas, (iii) valoró las pruebas periciales, documentales testimoniales y (vi) concluyó con el análisis de las pretensiones, con fundamento en el ordenamiento jurídico y el acervo probatorio”*.

1.4.

2. Fundamentos de la acción

La entidad territorial accionante promovió acción de tutela contra el laudo arbitral proferido el 10 de mayo de 2016, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Específicamente, acusó al laudo de adolecer de los siguientes defectos:

(i) Desconocimiento del precedente relativo a la improcedencia de solicitudes y reclamaciones en torno al desequilibrio del contrato, cuando no se efectúa al momento de suscribir suspensiones, adiciones, prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales y otrosíes, postura que según el actor, se ha consolidado en las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamientos de junio de 1992 (expediente 603223), 22 de noviembre de 2001 (expediente 13356), 30 de octubre de 2003 (expediente 17213) y 9 de mayo de 2012 (expediente 22087).

(ii) Defecto fáctico en su faceta negativa por valorar indebidamente el contenido del Otrosí N° 8 suscrito el 29 de enero de 2015. Ello, teniendo en cuenta que esa oportunidad constituye una etapa preclusiva para alegar el desequilibrio económico del contrato, así las cosas teniendo en cuenta que la sociedad

contratista no expresó nada al respecto, la solicitud en torno al incumplimiento correspondía declararse extemporánea.

3. Pretensiones

La parte demandante formuló en el escrito de tutela las siguientes:

“PRIMERO.- Ampare el derecho fundamental del municipio de Ciénaga Magdalena a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

SEGUNDO.- Ampare el derecho fundamental del municipio de Ciénaga al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta.

TERCERO.- Ampare el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 29 en concordancia con el artículo 229 constitucional.

CUARTO.- Ampare los principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

QUINTO.- En consecuencia anule y por lo tanto deje sin efectos jurídicos el laudo arbitral proferido por los Doctores CAMILO JOSÉ DAVID HOYOS, RODRIGO OÑATE VILLA y OMAR DARIO AVEDAÑO CALVO el 10 de mayo de 2016 en el marco del Tribunal Arbitral convocado por Operadores de Servicios de la Sierra S.A. E.S.P., contra el Municipio de Ciénaga³”.

4. Pruebas relevantes

4.1. Obran en el expediente copia de la providencia dictada el 1 de junio de 2017 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, a través del cual se resolvió el recurso de anulación promovido contra el laudo arbitral.

4.2. Se allegó el expediente contentivo del trámite adelantado por el Tribunal de Arbitramento convocado por Operadores de Servicios de la Sierra S.A. ESP.

5. Oposición

5.1. Respuesta de la sociedad Operadores de Servicios de La Sierra S.A E.S.P

³ Folio 25 del cuaderno de la acción de tutela.

El Gerente Suplente solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela promovida por el municipio accionante, en consideración a que ese mecanismo de protección constitucional puede ser instaurado excepcionalmente contra laudos arbitrales cuando dentro del proceso arbitral se hubiesen vulnerado derechos fundamentales a alguna de las partes. Agregó que la entidad territorial accionante empleó la acción de tutela como una instancia adicional, en tanto los fundamentos de la demanda están dirigidos a controvertir la decisión adoptada en el laudo arbitral.

Finalmente, aseguró que el tribunal de arbitramento en ningún momento inobservó los argumentos de defensa esgrimidos por el municipio de Ciénaga, por el contrario, estudiando los mismos, en consonancia con las pruebas arrojadas al proceso, logró evidenciar que el precedente jurisprudencial alegado por el ente territorial no resultaba aplicable al caso concreto, toda vez que existían diferencias fácticas⁴.

5.2. Respuesta de Tribunal de Arbitramento⁵

Los integrantes del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias suscitadas entre el municipio de Ciénaga y la sociedad Operadores de Servicios de la Sierra S.A E.S.P, solicitaron que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Rechazaron lo manifestado por el actor en relación al presunto desconocimiento del precedente del Consejo de Estado relativo a la oportunidad para efectuar reclamos en torno al desequilibrio económico del contrato, en tanto sostuvieron que en el laudo se incluyó un análisis al respecto y se determinó que no resultaba aplicable en el caso bajo análisis, porque a partir de las pruebas documentales y testimoniales se demostró que la sociedad contratista había puesto de presente las circunstancias que estaban afectando la ecuación financiera del contrato y que sobre las mismas el municipio había efectuado una valoración. Para tal efecto, transcribieron *in extenso* apartes del laudo arbitral en esa materia.

⁴ Ver folios 63 a 79.

⁵ Integrantes Camilo José David Hoyos, Rodrigo Oñate Villa y Omar Avendaño, (árbitros) y Guillermo de los Ríos (Secretario)

6. Sentencia de tutela impugnada

El **Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”**, en sentencia del 29 de agosto de 2017, declaró improcedente la acción de tutela promovida por el municipio de Ciénaga, al considerar que no se cumplieron los requisitos de la inmediatez y de relevancia constitucional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la acción de tutela no se presentó dentro de un plazo razonable pues entre la fecha en la que se profirió el laudo arbitral -10 de mayo de 2016- y la radicación de la acción de tutela -21 de julio de 2017- transcurrieron más de seis meses.

Asimismo, consideró que aun si se superara ese presupuesto teniendo como referente la fecha en la que se decidió el recurso extraordinario de anulación -1 de junio de 2017-, la acción de tutela sería improcedente porque no supera el requisito de relevancia constitucional. Lo anterior, en consideración a que el actor empleó este mecanismo de amparo constitucional como una instancia adicional, pues en el trámite arbitral se superó el debate en torno al presunto desconocimiento del precedente relativo con la oportunidad para elevar reclamaciones en torno al desequilibrio económico del contrato.

7. Impugnación

Dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la entidad territorial actora impugnó la sentencia de primera instancia y solicitó que se revocara el fallo de tutela recurrido.

Consideró que correspondía verificarse el presupuesto de la inmediatez teniendo como referente la fecha en la que se resolvió el recurso extraordinario de anulación, pues antes de que ello ocurriera no era procedente la acción constitucional en virtud de la subsidiaridad que también constituye requisito de procedencia general de tutela contra providencias judiciales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y el 13 del acuerdo 58 de 1999 y el literal c del artículo 2º del acuerdo 055 de 2003 (reglamento interno), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de impugnación.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, como lo consideró la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, la acción de tutela promovida por el municipio de Ciénaga resulta improcedente en razón a que no cumple el requisito de la inmediatez, y a que aun si se superara, carece de relevancia constitucional, o si por el contrario, debe efectuarse un estudio de fondo a los cargos de la demanda, a fin de establecer si el Tribunal de Arbitramento accionado incurrió en los defectos fáctico y de desconocimiento de precedente al aceptar las reclamaciones relativas al desequilibrio económico del contrato estatal.

3. La procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales

El artículo 116 de la Carta Política permite que los particulares sean investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, en condición de árbitros habilitados por las partes para que decidan, en derecho o en equidad, conflictos que involucren derechos transigibles.

La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que las decisiones que producen los árbitros son auténticas providencias judiciales, por cuanto se dictan en un procedimiento de estirpe judicial reglado y por particulares que ejercen transitoriamente la función de administrar justicia. Como proceso judicial especial que es, está sujeto a las normas y principios que, de ordinario, rigen en el derecho procesal: verbigracia, las oportunidades para presentar pruebas y ejercer los derechos de contradicción y defensa, los poderes y deberes del juez, etcétera.

Así las cosas, siendo providencias judiciales la regla general es que la acción de tutela es improcedente, salvo que se cumplan los requisitos generales y específicos que ha fijado la Corte Constitucional para la procedencia de la tutela contra ese tipo de providencias, con las precisiones que ha efectuado esa Corporación (SU-174 de 2007, T-455 de 2012 y SU-556 de 2016, entre otras).

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁷, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012⁸, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*. En aquél entonces, este tribunal dijo:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁹, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también,

⁶ Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

⁷ Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

⁸ Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

⁹ Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

respecto “*de sus máximos tribunales*”, en tanto se trata de *autoridades públicas* que “*pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas*”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹⁰.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser cuidadosamente verificados, son: **a.** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **b.** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **c.** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...); **d.** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...); **e.** 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 (...) y **f.** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **a. Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; **b. Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; **c. Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; **d. Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; **f. Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; **g. Decisión sin motivación**, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; **h. Desconocimiento del precedente**, hipótesis

¹⁰ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado e **i. Violación directa de la Constitución.**

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹¹ y de la Corte Constitucional¹².

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada (*res judicata*) y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

4. Estudio y solución del caso concreto

4.1. Verificación de los presupuestos generales de procedencia

Encuentra la Sala que el presente caso cumple los presupuestos generales que habilitan la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme al siguiente análisis:

(i) **Relevancia constitucional.** Sin decidir sobre el mérito de los cargos de la tutela, para la Sala el presente asunto goza de relevancia constitucional, en la medida que propone al juez de tutela verificar si el laudo arbitral objeto de reproche constitucional vulneró los derechos fundamentales invocados por la

¹¹ Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

¹² Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

entidad territorial al establecer una condena económica desconociendo las reglas fijadas por el Consejo de Estado en materia de desequilibrio económico del contrato estatal.

(ii) **Subsidiaridad.** Este presupuesto se cumple porque se agotaron todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios. Ello, en tanto, se resolvió el recurso extraordinario de anulación.

(iii) **Inmediatez.** Teniendo en cuenta que en el trámite del recurso extraordinario de anulación, la Sección Tercera, Subsección “C” de esta Corporación mediante providencia del 10 de noviembre de 2016, suspendió los efectos del laudo arbitral, corresponde analizar este requisito teniendo como referente la fecha en que se resolvió dicho recurso. En efecto, en este caso se observa que la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación se notificó por estado del 22 de junio de 2017, y la acción de tutela fue promovida el 21 de julio de 2017, es decir, que transcurrieron veintinueve días. Por lo tanto, fue presentada oportunamente.

(iv) Los hechos y pretensiones fueron desarrollados de manera clara de tal manera que se puede determinar el debate jurídico y, por último,

(v) No se trata de tutela contra tutela.

4.2. El laudo arbitral objeto de tutela no incurrió en desconocimiento de precedente judicial

4.2.1. Observa la Sala que los argumentos expresados por el Tribunal de Arbitramento para condenar al municipio al pago de una suma de dinero que supera los quince mil millones de pesos¹³, se pueden agrupar de la siguiente manera: (i) incumplimiento del contrato por parte del municipio en la entrega de predios y servidumbres, (ii) desequilibrio económico por causa del incumplimiento del municipio en adelantar todas las actuaciones necesarias para evitar las conexiones ilegales a las redes del servicio público y (iii) incumplimiento de ambas partes en obras inconclusas de adecuación de la tubería del acueducto.

¹³ \$15.248.387.931

Ahora bien, los reproches del municipio actor están dirigidos a lo que decidió el Tribunal de Arbitramento en lo pertinente a la oportunidad para efectuar reclamos en torno al desequilibrio económico del contrato, por lo tanto, la Sala únicamente abordará ese aspecto.

4.2.2. El actor consideró que el Tribunal de Arbitramento accionado desconoció el precedente del Consejo de Estado según el cual resultan improcedentes las reclamaciones frente al desequilibrio económico del contrato cuando previamente no se manifestó al momento de suscribir suspensiones, adiciones, prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales y otrosíes, postura que según el actor, se ha consolidado en las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamientos de junio de 1992 (expediente 603223), 22 de noviembre de 2001 (expediente 13356), 30 de octubre de 2003 (expediente 17213) y 9 de mayo de 2012 (expediente 22087).

Al respecto, observa la Sala que aun cuando el Tribunal de Arbitramento accionado manifestó su desacuerdo, no se apartó de las reglas fijadas por el Consejo de Estado en las sentencias que según el accionado habrían sido desconocidas.

4.2.3. En efecto, a partir de una lectura integral del laudo arbitral la Sala constata que el Tribunal de Arbitramento aplicó las reglas fijadas por esta Corporación en las sentencias referenciadas por el municipio de Ciénaga, para determinar si la reclamación frente al desequilibrio económico era oportuna o no.

Para ello, se propuso determinar si previo a la suscripción de la prórroga del contrato, pactado en el Otrosí N° 8 del 29 de enero de 2015, se habían efectuado reclamaciones en torno al desequilibrio económico del contrato.

En efecto, a partir de pruebas documentales (actas) y testimoniales (declaración de la interventora del contrato), encontró probado que la sociedad Operadores de Servicios de La Sierra S.A. E.S.P. sí había puesto de presente que el incumplimiento de las obligaciones por parte del municipio estaban causando un impacto económico adverso y que sobre esos problemas se suscribieron distintos acuerdos para intentar superarlos.

Bajo ese escenario, concluyó que no se cumplían los presupuestos fácticos que, en aplicación del precedente alegado por el actor, permitían determinar que las reclamaciones efectuadas por la sociedad Operadores de Servicios de La Sierra S.A. E.S.P frente al desequilibrio económico del contrato eran extemporáneas, en tanto se demostró que antes de la prórroga se habían expresado esas inconformidades. Circunstancia que a juicio del Tribunal de Arbitramento accionado pretendía desconocer el municipio de Ciénaga, bajo el argumento de que sobre ello no se había efectuado una manifestación expresa en el otrosí N° 8, entendiéndolo como una renuncia por parte de la contratista.

4.2.4. Con el objeto de evidenciar con mayor claridad la manera como el Tribunal de Arbitramento aplicó las citadas reglas jurisprudenciales, la Sala considera indispensable transcribir apartes del laudo en los que se desarrolló el análisis en esa materia:

“Es cierto que la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde épocas recientes viene sosteniendo la improcedencia de reclamos en contra de los contratistas (sic), que por desequilibrios económicos pretendan, sino se ponen de presente al momento de suscribir cualquier adición, suspensión, prórroga o modificación del contrato estatal. De hecho, recientemente, dicha célula judicial sobre ese asunto precisó lo siguiente:

“Luego entonces, la suscripción de contratos adicionales, modificatorios, otrosíes suspensiones actas etc en la ejecución del contrato son etapas preclusivas en las cuales si las partes no formulan salvedad, reclamación objeción alguna, en virtud del principio de buena fe se presume que el equilibrio económico se ha restablecido.

En efecto, si al suscribir contratos adicionales, modificatorios otrosíes, suspensiones, actas etc, no se presentan reclamaciones, objeciones u salvedades en las mencionadas etapas preclusivas, se entiende que el equilibrio económico se ha restablecido”.

Y el razonamiento del Máximo Tribunal, descansa en principios tales como buena fe y el respeto del acto propio, como bien lo apuntó la apoderada de la parte convocada en su escrito de alegaciones. De esta forma, entonces, si en la ejecución de un contrato estatal, se va a suscribir una modificación contractual y resulta que para ese mismo momento ha ocurrido algún evento constitutivo de un desequilibrio económico, quien lo sufre, así debe manifestarlo y dejarlos a salvo en el correspondiente documento contractual –otrosíes, adición, modificación, suspensión, etc-, incluyendo la salvedad o constancia respectiva, so pena, a juicio de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de presumirse restablecido el citado equilibrio.

*Esta colegiatura arbitral, aunque se distancia del criterio judicial citado y defendido por una de las Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues considera que tal (sic) reflexiones sólo resultan aplicables sólo al momento de liquidar el contrato estatal, que es cuando realmente sí se deben dejar las constancias y salvedades, **también encuentra, que aún bajo dicha tesis, en el caso concreto, no puede predicarse y mucho menos concluirse la improcedencia de la reclamación judicial del desequilibrio económico que padeció la parte convocante por las siguientes razones:***

En primer lugar, la parte convocante no asaltó la buena fe del Municipio de Ciénaga, pues milita prueba documental dentro del expediente que da cuenta que desde el año 2006, se puso en conocimiento de la entidad pública las graves situaciones que rodeaban la ejecución contractual y el impacto económico adverso que padecía el operador de los servicios de acueducto y alcantarillado por cuenta de los incumplimientos de la entidad territorial –acta de inspección de 26 de octubre de 2006. También, obra prueba documental de los acuerdos a los que llegaron los sujetos contratantes para reconocer la existencia de un desequilibrio económico – acta de revisión de 24 de octubre de 2013, y que no sobra recordar que fue suscrita por el entonces Secretario de infraestructura de Ciénaga y qué decir además, del acta de reconocimiento y determinación del desequilibrio suscrita entre la firma interventora de la concesión y el operador del servicio –acta de 20 de septiembre de 2014.

Los hechos anteriores, que fueron además corroborados por la declaración rendida dentro del proceso por la representante legal de la fundación Prosperar, firma interventora de la concesión, son demostrativos que entre las partes se suscribieron sendos documentos tendientes por un lado a reconocer la existencia de un desequilibrio económico del contrato y por otro lado, de la cuantificación concreta del mismo. Esos comportamientos empleados por los contratantes, tienen vida para el derecho y para el mundo jurídico y no pueden ser desconocidos por las partes y mucho menos por el juez de la controversia contractual.

De esta forma, estima este Tribunal, que un comportamiento leal y apegado a la buena fe, particularmente, debe estar dirigido, precisamente a darle efecto y validez a los documentos contractuales generados por las mismas partes que hoy se enfrentan en este proceso judicial. Es por ello, que no puede aceptarse la pretensión de la convocada, de querer en este momento, desconocer la existencia de una voluntad declarada en documentos contractuales –actas de 26 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2013 y 20 de septiembre de 2014 porque no se dejó una salvedad en el otro sí N° 8 de 2015.

*En segundo lugar, la queja de la parte convocada, que se propuso sólo al momento de alegar en conclusión, relacionada con la falta de inclusión de la salvedad en el Otrosí N° 8 de 2015, tampoco tiene asidero para esta colegiatura, pues si así hubiese procedido el operador del servicio y hoy convocante, tal conducta sí sería atentatoria de la buena fe, precisamente, porque ya existían unos documentos contractuales provenientes de los contratantes generados en los años 2006 y 2013 con anterioridad a la fecha de la suscripción del otro sí número 8 de 2015, **en los que no sobra resaltar, participó activamente la entidad territorial que reconocía expresamente la existencia de los incumplimientos contractuales y el***

desequilibrio económico del contrato que venía padeciendo la parte convocante.

Así pues, son tales documentos contractuales que obran dentro del expediente –que fueron allegados oportunamente y no fueron tachados por la convocada los que prueban la existencia de una reclamación económica que fue finalmente reconocida por el Municipio de Ciénaga ante hechos constitutivos de incumplimientos –actas de 26 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2013 y 20 de septiembre de 2014.

En tercer lugar, el Tribunal, de la lectura del contenido del otrosí N° 8 de 29 de enero de 2015, no se (sic) advierte la existencia de una renuncia expresa a reclamar por los conceptos que se incluyeron dentro del libelo genitor que dio origen a este proceso judicial y por lo tanto, tampoco puede predicarse la improcedencia de las pretensiones de la demanda arbitral.

Por lo expuesto, entonces, es evidente que el convocante sí reclamó oportunamente sobre los hechos constitutivos del desequilibrio económico del contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Ciénaga y por tanto, no están llamados a prosperar los argumentos planteados por la parte convocada al momento de presentar los alegatos de conclusión. De esta forma, adicionalmente, no resultan aplicables al presente caso, la tesis jurisprudencial esbozada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado”. (Negrilla fuera del texto original)

4.2.5. A partir de lo anterior, la Sala concluye que contrario a lo manifestado por el actor, la decisión objeto de tutela sobre la oportunidad para reclamar aspectos relacionados con el desequilibrio económico del contrato, no se edificó a partir del desconocimiento de las reglas que se han fijado en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, sino en el hecho de que se demostró que el asunto objeto de estudio no cumple con los presupuestos fácticos que habilitan su aplicación, en tanto se evidenció que sí se habían efectuado reclamaciones en ese sentido antes de la firma del otrosí N° 8 del 29 de enero de 2015.

Así las cosas, para la Sala el Tribunal de Arbitramento accionado no desconoció el precedente del Consejo de Estado, lo que ocurrió fue que en aplicación del mismo despachó desfavorablemente el reproche del municipio convocado, por las razones ya expuestas.

4.3. El laudo arbitral no presenta defecto fáctico

4.3.1. Este cargo se fundamentó en que el Tribunal accionado habría ignorado el hecho de que en el Otrosí No 8 suscrito el 29 de enero de 2015, a través del cual se efectuó una prórroga del plazo del contrato por 10 años adicionales, se incluyó

la siguiente expresión *“las partes de común acuerdo se comprometen a mantener o restablecer el equilibrio económico del contrato en caso de que se presente cualquier variación del mismo”*.

A juicio del actor, la expresión *“en caso de que se presente cualquier variación”*, permitía concluir que *“había una expresa manifestación en lo tocante a inexistencia de un desequilibrio económico al momento de suscribir el documento”*, sin embargo, el Tribunal de Arbitramento accionado no lo habría entendido de esa manera, incurriendo en el defecto alegado.

4.3.2. Sobre el defecto fáctico en su faceta negativa, la Corte Constitucional ha establecido que la dimensión negativa se produce *“(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo. Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia¹⁴”*.

4.3.3. La transcripción *in extenso* de los apartes del laudo arbitral en el que se desarrolló el análisis sobre el reproche efectuado por el municipio actor en los alegatos de conclusión sobre la oportunidad de las reclamaciones efectuadas por la sociedad contratista en torno al desequilibrio económico del contrato (*supra* 4.2.2.), permite también a la Sala evidenciar que el Tribunal de Arbitramento accionado sí efectuó una valoración en torno al hecho de que se hubiese suscrito el Otrosí N° 8 el 29 de enero de 2015, integrando al estudio otros medios probatorios lo cual materializa las reglas de la sana crítica.

En efecto, consideró que el hecho de que en aquella oportunidad no se hubiese mencionado expresamente los efectos nocivos del incumplimiento por parte del municipio en el equilibrio económico del contrato, ello no permitía ignorar las

¹⁴ Sentencia SU-226 de 2013 M.P. (E) Alexei Julio Estrada. Reiterada en la sentencia T-145 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

actuaciones adelantadas por las partes anteriormente en esa materia y mucho menos una renuncia a la posibilidad de reclamar en la instancia arbitral.

Al respecto, resulta necesario resaltar del laudo objeto de tutela las siguientes expresiones que permiten fundamentar la tesis de la Sala sobre este cargo:

*“De esta forma, estima este Tribunal, que un comportamiento leal y apegado a la buena fe, particularmente, debe estar dirigido, precisamente a darle efecto y validez a los documentos contractuales generados por las mismas partes que hoy se enfrentan en este proceso judicial. **Es por ello, que no puede aceptarse la pretensión de la convocada, de querer en este momento, desconocer la existencia de una voluntad declarada en documentos contractuales –actas de 26 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2013 y 20 de septiembre de 2014 porque no se dejó una salvedad en el otro sí N° 8 de 2015”.***

En suma, resulta claro que no se configuró el defecto fáctico alegado por el municipio de Ciénaga, Magdalena, pues se evidenció que el Tribunal de Arbitramento accionado sí efectuó una valoración del contenido del Otrosí N° 8 suscrito el 29 de enero de 2015, junto a otros medios probatorios conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual no originó el desconocimiento de los derechos fundamentales de esa entidad territorial.

Por las razones expuestas, se revocará el fallo que declaró la improcedencia de la solicitud de tutela y, en su lugar, se negará el amparo constitucional.

5. Razón de la decisión

La Sala revocará el fallo impugnado, en tanto (i) se cumple el requisito de la inmediatez pues debe tomarse como referente para tal efecto la fecha en la que se resolvió el recurso extraordinario de anulación, dado que los efectos del laudo arbitral estaban suspendidos, (ii) las acusaciones presentadas por el municipio de Ciénaga frente al laudo arbitral que lo condenó al pago de una considerable suma de dinero que, por supuesto, implica la erogación de recursos públicos, imprimen al caso una relevancia constitucional que habilita al juez para estudiar de fondo los cargos de tutela.

En el estudio de los cargos presentados por la entidad territorial actora se constató que no se configuraron los defectos alegados, en razón de las siguientes circunstancias:

(i) No se configuró desconocimiento del precedente relativo a la oportunidad para presentar reclamaciones en torno al desequilibrio del contrato estatal, pues se evidenció que a partir de la aplicación del mismo, el Tribunal de Arbitramento acreditó que la solicitud en esta materia era oportuna, teniendo en cuenta que la sociedad contratista había puesto de presente los efectos económicos nocivos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales del municipio.

(ii) El laudo no adolece de defecto fáctico en su faceta negativa, en la medida que sí se valoró el contenido del Otrosí N° 8 suscrito el 29 de enero de 2015, estudio que se efectuó de manera integral con otros medios probatorios con lo cual no estuvo de acuerdo la entidad territorial accionante, sin embargo, para la Sala este hecho materializa las reglas de la sana crítica y no constituye desconocimiento de los derechos fundamentales invocados.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- REVÓCASE la sentencia del 29 de agosto de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, **NIÉGANSE** las pretensiones de la solicitud de amparo promovida por el municipio de Ciénaga, Magdalena.

Segundo.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO
Consejera

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero