**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA QUE RESUELVE RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / ADECUADA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / CAUSAL DE RECURSO DE ANULACIÓN - Haber decretado la terminación de contrato de cuentas de participación / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA EN LA IMPUGNACIÓN / CONTRATO PARA LA REFORESTACIÓN DEL PROYECTO LA FORTUNA**

Con respecto al requisito de procedencia, consistente en haber alegado esta contradicción en el proceso, la Sala considera que le correspondía a la entidad pública agotarlo en debida forma y que el no haberlo efectuado torna improcedente la acción de tutela y no al contrario, como lo alega la parte recurrente. (...) la entidad tuvo oportunidad de argumentar en el escrito de solicitud de aclaración, corrección y complementación la contradicción que advirtió para habilitar el recurso de anulación y no lo hizo, sin que ahora pueda alegar su propia incuria en sede de tutela, tornando improcedente ésta, por no haber hecho un uso correcto del mecanismo que el legislador puso a su disposición. (...) no se encontró demostrada la mora de una de las partes en torno al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que hubiera dado lugar a la aplicación de la norma citada por el libelista, sino el incumplimiento recíproco de los contratantes de las obligaciones acordadas (...). el incumplimiento recíproco de los contratantes dio lugar a la aplicación del artículo 1609 del Código Civil y no a la norma del Código de Comercio invocada por la parte actora por lo que tampoco resultaba posible su interpretación a partir de los principios de la UNIDROIT. En consecuencia, este cargo de apelación tampoco está llamado a prosperar. (...) no existió el defecto sustantivo alegado, pues el laudo cuestionado se sustentó en la existencia clara y expresa de obligaciones contractuales a cargo de [la actora], por lo que este cargo de impugnación tampoco está llamado a prosperar. (...) Con respecto a la alegación sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la parte actora precisó que FINAGRO solicitó aclaración, adición y corrección, la cual fue negada “de manera caprichosa y arbitraria.” La Sala destaca que esta afirmación del recurrente no cumple con la carga argumentativa mínima que le asiste al tutelante cuando su cuestionamiento se dirige contra una providencia judicial que goza de la doble presunción de legalidad y acierto. En efecto, no indicó el impugnante los motivos por los cuales considera que la decisión del árbitro contenida en la providencia del 20 de junio de 2017 que negó por improcedentes las solicitudes presentadas por [la actora], sea caprichosa o arbitraria.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 228 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 229 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 1 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 1 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 2 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 4 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 5 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 6 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 7 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 8 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 9 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 1 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 39 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 40 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 - CAUSAL 8 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1625 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 870 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 6 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTÍCULO 163

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio del dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03461-01(AC)**

**Actor: FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO - FINAGRO**

**Demandado: CÁMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA - TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE FINAGRO CONTRA RODOLFO JOSÉ DE LAVALLE RESTREPO Y OTRO**

## OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación formulada por el apoderado de la parte actora contra la sentencia del 19 de abril de 2018, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

## I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1. Mediante escrito radicado el 15 de diciembre de 2017, en la Secretaría General de esta Corporación, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINAGRO, por intermedio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra la Cámara de Comercio de Santa Marta – Tribunal de Arbitramento de FINAGRO Vs. Rodolfo José De Lavalle Restrepo y Débora Delia Escorcia Navarro, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

Tales derechos los consideró vulnerados, con ocasión del Laudo Arbitral proferido el 8 de junio de 2017, que i) declaró el incumplimiento de las partes dentro del contrato de cuentas en participación para la reforestación del proyecto La Fortuna; ii) decretó la terminación del mismo; iii) ordenó la liquidación; iv) dispuso incluir en la liquidación del contrato la cantidad de $100.692.755.90, producto de la venta de la “entresaca” realizada por los contratistas; y iv) negó las demás pretensiones de la demanda.

1.2. A título de amparo constitucional, la parte actora solicitó:

“4.1. PRINCIPALES:

PRIMERA: Tutelar los derechos fundamentales de EL FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO – FINAGRO al Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia y Tutela Judicial Efectiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración ordene dejar sin efecto el Laudo Arbitral proferido dentro del Tribunal de Arbitramento de FINAGRO vs

RODOLFO JOSÉ DE LAVALLE RESTREPO Y DEBORA DELIA ESCORCIA NAVARRO, el 8 de junio de 2017 el Árbitro OSWALDO JOSÉ DE ANDRÉIS MAHECHA.

TERCERA: Ordene al Tribunal de Arbitramento de FINAGRO vs RODOLFO JOSÉ DE LAVALLE RESTREPO Y DEBORA DELIA ESCORCIA NAVARRO, que dentro de un término prudencial emita un laudo en el cual se restablezcan los derechos fundamentales de EL FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO – FINAGRO subsanando los defectos fáctico y sustantivo comprobados.

CUARTA: Cualquier otra que considere el juez de tutela procedente con la finalidad de amparar los derechos fundamentales de EL FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO – FINAGRO al Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia y Tutela Judicial Efectiva.

4.2. SUBSIDIARIA:

En caso de que el juez constitucional considere que debe negarse el amparo en los términos anteriormente pretendidos, solicito se acceda al amparo de los derechos fundamentales de EL FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO – FINAGRO al Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia y Tutela Judicial Efectiva y en consecuencia se ordene al Tribunal de Arbitramento de FINAGRO vs RODOLFO JOSÉ DE LAVALLE RESTREPO Y DEBORA DELIA ESCORCIA NAVARRO, que:

● Se adicione el Laudo en el sentido de ordenar tener en cuenta todas las estipulaciones contractuales para el efecto de la liquidación, particularmente la cláusula decima octava, vigésimo segunda, así como la cláusula sexta que establece la propiedad de la plantación en cabeza de FINAGRO.

● Se adicione el Laudo en el sentido de ordenar que cese la prohibición de entrada a la plantación.

● Se adicione el Laudo en el sentido de ordenar a los PROPIETARIOS se abstuvieran de realizar cualquier tipo de tala, entresaca o cualquier intervención a la plantación.

● Se complemente el Laudo en el sentido de actualizar al valor presente la suma de CIEN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS ($100.692.755,90) correspondiente al producto de la venta de la madera realizada por los propietarios.”

1.3. Como sustento de sus pretensiones, la entidad accionante argumentó que en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, así:

1.3.1. Relevancia constitucional, porque no se discuten asuntos de mera legalidad o apreciación judicial, sino que implica un verdadero escenario de vulneración de derechos fundamentales.

1.3.2. Inmediatez, toda vez que el laudo arbitral del 8 de junio de 2017 quedó en firme el 20 de junio del mismo año y la tutela se radicó el 15 de diciembre de 2017, por lo que no se superó el lapso de seis (6) meses establecido judicialmente, por

la jurisprudencia del Consejo de Estado, como término razonable para ejercer la acción contra providencias judiciales.

1.3.3. Subsidiariedad, requisito que afirmó encontrarse acreditado, por considerar que la acción de tutela es el único mecanismo judicial a disposición de la entidad pública accionante, debido a que los cargos que motivan la solicitud de amparo no se enmarcan en las causales taxativas del recurso extraordinario de anulación.

1.3.4. El asunto versa sobre irregularidades sustanciales y procesales cometidas por el árbitro que conoció la controversia.

1.3.5. Los hechos que motivaron la acción de tutela fueron relacionados de manera clara.

1.3.6. La acción no se interpone contra providencia de tutela.

1.4. Frente a los requisitos específicos de procedibilidad, manifestó que la autoridad acusada incurrió en defectos sustantivo y fáctico, los que fundamentó en los siguientes argumentos:

1.4.1. Defecto sustantivo

1.4.1.1. Consideró que este defecto se configuró porque el árbitro omitió aplicar las normas pertinentes para la resolución de la controversia, por cuanto no tuvo en cuenta que la expresión de la autonomía de la voluntad se rige por el principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual los contratos son ley para las partes.

Agregó que, igualmente se desconoció el artículo 1625 ejusdem modos de extinción de las obligaciones consagrados en el Código Civil colombiano.

En lo relacionado con la inaplicación del artículo 1602 del C.C., el accionante precisó que el árbitro, en lugar de ceñirse a las estipulaciones contractuales, desató la controversia con fundamento en el presunto incumplimiento de unas obligaciones que FINAGRO no tenía y en una cláusula que no regulaba obligaciones contractuales, sino que se refería al plazo de ejecución del contrato.

Frente a los modos de extinción de las obligaciones –artículo 1625 del Código Civil–, indicó que la contradicción en que incurrió el árbitro consistió en que, por una parte, declaró la terminación del contrato con sustento en el incumplimiento de las partes, pero, acto seguido, ordenó la liquidación, de conformidad con las estipulaciones contractuales.

En armonía con lo anterior, consideró que una correcta aplicación de las normas mencionadas hubiera conducido a que el árbitro determinara los perjuicios causados a FINAGRO por el incumplimiento exclusivo de los PROPIETARIOS, según lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato.

Contrario a lo anterior, declaró la concurrencia del incumplimiento, con fundamento en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual ninguno de los contratantes incumplidos estaba en mora, terminando el contrato por mutuo disenso tácito.

1.4.1.2. Señaló que el árbitro, ante el supuesto incumplimiento de las partes, dio aplicación al artículo 870 del Código de Comercio , sin tener en cuenta que dicha

norma debía interpretarse sistemáticamente con los principios de UNIDROIT (artículo. 7.3.1.), respecto del incumplimiento que debe ser comprobado para resolver o terminar el contrato.

1.4.2. Defecto fáctico por indebida apreciación del acervo probatorio

La parte actora fundamentó este defecto en que en el Laudo Arbitral cuestionado se estableció el incumplimiento de FINAGRO a partir del desconocimiento de las obligaciones presuntamente derivadas de la cláusula tercera del contrato de cuentas de participación, por un aparente mal manejo de la plantación, sin embargo, destacó que este no constituye un real incumplimiento contractual, en tanto no era obligación de FINAGRO mantener la plantación en unas condiciones determinadas ni estaba sujeto al cumplimiento de obligaciones técnicas.

Al respecto, destacó que en el "contrato de cuentas en participación suscrito el 26 de febrero de 2014 celebrado entre FINAGRO y los PROPIETARIOS no existe cláusula alguna que se denomine "Obligaciones Técnicas del Administrador", es más la cláusula tercera citada por el árbitro, estipuló lo relativo al término de duración del contrato."

Hizo referencia in extenso a la valoración probatoria realizada en el laudo censurado, para concluir que se logró comprobar un mal manejo de la plantación, pero ello no constituye un incumplimiento contractual por parte de FINAGRO, toda vez que no era su obligación mantener la plantación en unas determinadas circunstancias ni estaba sujeto al cumplimiento de condiciones técnicas.

Transcribió las cláusulas cuarta, duodécima y vigésimo cuarta del contrato, de cuyo contenido, concluyó que:

- FINAGRO manejaría técnicamente la plantación de manera autónoma durante la vigencia del contrato (20 años);

- Se previó la posibilidad de que existieran deficiencias del suelo, plagas, enfermedades o cualquier otra circunstancia similar que generara impidiera el normal desarrollo de los árboles;

- FINAGRO no tenía obligación de resembrar las áreas en las cuales una parte del cultivo llegare a deteriorarse por enfermedades, derrumbes, plagas o cualquier otra eventualidad;

- La madera producto de las entresacas se destinaría al pago de los costos generados por la plantación del bosque y su mantenimiento y, por tanto, corresponderá a los contratantes en la misma proporción.

- FINAGRO debía recibir el inmueble para realizar la reforestación.

- FINAGRO debía utilizar el inmueble única y exclusivamente para las actividades autorizadas en el contrato;

- La entidad pública debía concurrir a la liquidación del contrato, así como elaborar un inventario forestal al momento de la primera entresaca y su saldo antes del corte.

- El porcentaje de participación de FINAGRO se cubría con la explotación que hiciera del bien.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en el fallo:

2.1. El 26 de febrero de 2004 se celebró entre FINAGRO y los señores Rodolfo José de Lavalle Restrepo y Débora Delia Escorcia Navarro -en adelante PROPIETARIOS- un contrato de cuentas de participación para la reforestación del proyecto La Fortuna, con el siguiente objeto:

"En virtud del presente contrato EL PROPIETARIO hace entrega a FINAGRO, representado por REFOCOSTA S.A. de 250 hectáreas del inmueble rural (…) Predio Rural denominado EL PITAL, con cabida de 450 hectáreas (…) para que éste efectúe autónoma y directamente o a través de terceros el establecimiento, manejo y aprovechamiento de las plantaciones forestales comerciales, todo de conformidad con las especificaciones técnicas establecidas en el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) preparado de común acuerdo con el PROPIETARIO y presentado a REFOCOSTA S.A. para el predio descrito, el cual hace parte integral del presente contrato y conforma un todo jurídico con el mismo. FINAGRO manejará el bosque de acuerdo con los objetivos de producción propuestos en el respectivo Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) del predio. PARAGRAFO: La entrega material que hace el PROPIETARIO a FINAGRO es a título de tenencia pero conservando el primero la custodia del bien y exclusivamente para adelantar las labores relacionadas con la reforestación enunciada, por lo tanto, las labores de vigilancia, así como las de conservación del estado de las cercas corresponde exclusivamente al PROPIETARIO (…)"

2.2. En la cláusula vigésima primera del contrato se incluyó cláusula compromisoria para dirimir los conflictos suscitados entre las partes a través de un Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Santa Marta, integrado por un árbitro único, el cual debía fallar en derecho.

2.3. La interventoría del contrato de cuentas de participación para la reforestación del proyecto La Fortuna fue realizada por la Corporación Nacional de Investigación y Fomento Forestal -CONIF- desde el 6 de julio de 2007 hasta el 12 de enero de 2015.

2.4. El 7 de marzo de 2016 FINAGRO presentó solicitud de convocatoria para la instalación del Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santa Marta, con el fin de dirimir el conflicto suscitado, toda vez que, según informes de la Interventoría, LOS PROPIETARIOS realizaron entresacas sin autorización de FINAGRO, afectando la plantación e incumpliendo el contrato de cuentas de participación.

2.4.1. Además, informó que los PROPIETARIOS realizaron la venta de parte de las entresacas y la restante se utilizó para la elaboración de cercas y puentes.

2.4.2. La entidad pública informó que, desde el 23 de abril de 2015, los PROPIETARIOS prohibieron el ingreso al predio del Operador Forestal del contrato, de la interventoría y de los representantes de FINAGRO.

2.4.3. La parte convocante solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones: (i) Que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de los PROPIETARIOS; (ii) que se declarara la resolución del contrato; (iii) que se

ordenara la liquidación del contrato; (iv) que se condenara a los PROPIETARIOS a pagar a FINAGRO el 63,8% del valor actual de la plantación correspondiente a $201.518.863,36 m/cte; y (v) que se condenara a los PROPIETARIOS a pagar a FINAGRO la suma de 154.929.833 m/cte, por concepto de las entresacas realizadas en la plantación.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se condenara a los PROPIETARIOS a pagar a FINAGRO los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

2.5. Con fundamento en la convocatoria referida, se sorteó el árbitro, se instaló el Tribunal y se admitió la demanda, mediante auto del 23 de mayo de 2016, procediéndose a la integración del contradictorio.

2.6. El 22 de junio de 2016 los convocados contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones y presentaron demanda de reconvención, para que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de FINAGRO, en relación con el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal.

2.7. Previo agotamiento del trámite procesal correspondiente, el 08 de junio de 2017 el Tribunal de Arbitramento profirió laudo arbitral, en el que decidió: (i) declarar el incumplimiento contractual de cada una de las partes del contrato de cuentas de participación del Proyecto La Fortuna; (ii) decretar la terminación del contrato; (iii) ordenar la liquidación, dando cumplimiento a la cláusula décimo octava; (iv) incluir en la liquidación del contrato la cantidad de $100.692.755.90 m/cte, producto de la venta de la entresaca realizada por los propietarios, correspondiéndole a cada una de las partes del contrato, los porcentajes pactados en la cláusula décimo octava; (v) negar las condenas a título de indemnización y perjuicios solicitados por las partes.

2.8. Para arribar a la citada resolutiva, el Tribunal consideró que en el caso concreto se debían identificar las obligaciones a cargo de cada una de las partes y si en el trámite del proceso se había logrado demostrar el incumplimiento de éstas.

Es así como, al valorar en su conjunto los medios de convicción allegados, encontró acreditado el incumplimiento por la parte convocada en relación con la “entresaca o raleo sanitario”, con la confesión realizada en el escrito de contestación de la demanda, ratificado con la prueba documental aportada al proceso, así como con el hecho de no haber permitido el ingreso de la interventoría.

Con respecto al incumplimiento de FINAGRO, alegado en la demanda de reconvención, interpuesta por los convocados, valoró en su conjunto la prueba documental allegada al proceso, relacionada in extenso en el folio 76 del laudo, así como las declaraciones de los testigos de las partes en controversia y la prueba pericial.

De la referida apreciación, concluyó que “existió un incumplimiento por parte de FINAGRO en la falta de ejecución de un plan de manejo basado en el desarrollo de los árboles en cada rodal, que desencadenó en que los resultados de la densidad inicial de siembra del crecimiento dimétrico de los árboles disminuyó.”

Advirtió que FINAGRO no allegó prueba que desvirtuara las conclusiones anteriores y llevara a la certeza de que sí había realizado la implementación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y Trabajo, elaborado por el operador inicial Refocosta para el proyecto La Fortuna.

Consideró que no era posible desestimar el dictamen pericial, por no existir prueba que desvirtuara las conclusiones a las que llegó el experto, transcribiendo igualmente la valoración probatoria realizada por el representante del Ministerio Público.

En consecuencia, consideró que existieron incumplimientos recíprocos y mutuos dentro del contrato, en virtud de lo cual resultaba imperativo declarar la terminación del contrato y, en consecuencia su liquidación.

2.9. Frente el mencionado laudo arbitral, las dos partes presentaron solicitud de aclaración, corrección y/o adición.

2.10. El 20 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Santa Marta, profirió auto negando por improcedentes las solicitudes de aclaración, corrección o complementación del laudo arbitral presentadas por las partes, por considerar que los argumentos planteados se refieren a cuestiones que no influyen en la decisión adoptada y que en el Laudo se resolvieron todos los asuntos que fueron materia de la Litis.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 12 de febrero de 2018, el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela; dispuso notificar a la parte actora y al Centro de Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta, al árbitro único Oswaldo José Andréis Mahecha y a los convocados Rodolfo José De Lavalle y Débora Delia Escorcia Navarro.

En la misma providencia se dispuso notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 610 del Código General del Proceso.

4.2. Contestación de la autoridad accionada – árbitro Oswaldo José De Andreis Mahecha

El árbitro único contestó la demanda de tutela, según escrito radicado el 26 de febrero de 2018, en el cual solicitó negar la petición de amparo constitucional.

Precisó las características esenciales del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, afirmando que a las partes se les respetó el debido proceso, se convocaron a todas las audiencias y se tramitó con el acompañamiento del Ministerio Público, como garante, quien avaló el trámite llevado a cabo por el árbitro.

Hizo referencia a los principios que regulan la acción de tutela contra providencia judicial e insistió en la improcedencia de la misma, toda vez que la parte actora contaba con la posibilidad de presentar el recurso extraordinario de anulación.

4.3. Informes de los terceros vinculados – Rodolfo José De Lavalle Restrepo y Débora Delia Escorcia Navarro

Los convocados al tribunal de arbitramento presentaron escrito en el que solicitaron que se declarara improcedente la acción de tutela.

Aseveraron que el Plan de Manejo fue elaborado por el operador inicial del proyecto –Refocosta S.A. –, como consta en el contrato para la ejecución y administración de los proyectos de reforestación en los Departamentos del Cesar y Magdalena, celebrado entre el referido operador y FINAGRO, con lo que se evidenció el incumplimiento contractual por parte de FINAGRO.

Adujeron que la acción de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad, debido a que la accionante omitió interponer el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral y pretende utilizar la acción de amparo como remedio a su inacción judicial.

Destacaron que los presuntos defectos fácticos y sustantivos alegados en esta sede no fueron presentados cuando se radicó la solicitud de aclaración, corrección y/o adición frente al laudo arbitral.

Precisaron que los reportes y hallazgos entregados por la interventoría CONIF dan cuenta de la ausencia de un debido mantenimiento y manejo silvícola en el proyecto la Fortuna.

Agregaron que en el proceso arbitral se encuentra debidamente probada la falta de cuidado y ausencia de medidas necesarias y razonadas por parte del socio gestor durante la ejecución del negocio, que truncaron las expectativas de negocio de los PROPIETARIOS.

Consideraron que debía tenerse en cuenta que el 20 de enero de 2004, FINAGRO celebró contrato para la ejecución y administración de los proyectos de reforestación de los departamentos de Cesar y Magdalena con REFOCOSTA y en la cláusula tercera se indicó: “OBLIGACIONES TÉCNICAS DEL ADMINISTRADOR. (…) 1. Elaborar los Planes de Mantenimiento y Manejo Forestal y de Trabajo para darle cumplimiento a cada proyecto, de tal forma que se garantice un desarrollo adecuado de las plantaciones, el cual debe ser presentado por FINAGRO para concepto del interventor del contrato.”

A juicio de los convocados, el proceso arbitral fue garantista en cada una de las etapas procesales, respetando en todo momento el debido proceso de las partes, sin embargo, reprocharon que la acción de tutela sea activada como mecanismo para subsanar las escasa defensa técnica de FINAGRO en el trámite arbitral, especialmente en la solicitud de aclaración, corrección y/o adición, en la que el apoderado de la entidad no formuló las alegaciones debidas, por lo que recuerdan que la acción constitucional no debe erigirse como una tercera instancia.

Finalizaron su escrito, solicitando que se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

4.4. Fallo impugnado

4.4.1. La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 19 de abril de 2018, en la que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

4.4.2. El a quo precisó que estudiaría el cargo de defecto sustantivo alegado, para establecer si se cumplían los requisitos generales de subsidiariedad y relevancia constitucional.

4.4.3. En lo referente al cargo presentado como defecto fáctico por indebida apreciación del acervo probatorio, relativo a la declaratoria del incumplimiento por parte de FINAGRO del contrato de cuentas en participación para la reforestación del proyecto La Fortuna, a partir del desconocimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula tercera y que considera no le eran exigibles, resaltó que el cargo no se enmarca en el mencionado vicio.

Lo anterior, por cuanto las inconformidades expuestas no se relacionan con la valoración probatoria que permitió concluir el estado en que se encontraba el predio, sino con el contenido del contrato suscrito entre las partes, que según FINAGRO no contenía alguna estipulación que lo obligara a mantener el predio en condiciones determinadas.

Al respecto, aclaró que "más allá de ser considerado como un elemento probatorio, el contrato es 'ley para las partes', en los términos del artículo 1602 del Código Civil, y, como tal, se erige como el sustrato normativo que le permite al árbitro establecer las obligaciones de las partes y el incumplimiento de las mismas. Este ejercicio de subsunción resulta ser eminentemente normativo y no probatorio".

En ese orden, advirtió que los errores que puedan surgir, a partir del razonamiento del juez frente al contenido del contrato, constituirían un defecto sustantivo.

4.4.4. Señaló que, ante la inconformidad de las partes con el laudo arbitral, en asuntos contractuales, estas pueden hacer uso de los siguientes mecanismos: (i) solicitar la aclaración, corrección y/o complementación del laudo (artículo 39 de la ley 1563 de 2012); y/o (ii) presentar el recurso extraordinario de anulación (artículo 40 y sigs. de la Ley 1563 de 2012).

El primer recurso fue agotado por FINAGRO dentro del trámite arbitral y fue negado por improcedente, por medio de auto del 20 de junio de 2017.

Con relación al recurso extraordinario de anulación, destacó que su prosperidad está condicionada a que el recurrente invoque y sustente alguna de las causales taxativas consagradas por ley. Es decir que este recurso es de carácter restringido y excepcional.

Es así como al analizar el supuesto fáctico de la causal octava de anulación, prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, consideró que ha debido acudir a esta, por cuenta la misma dispone:

"Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral". (Resaltado incluido por el juez constitucional a quo)

Al respecto, consideró que la referida causal correspondía al argumento expuesto por la entidad accionante en el libelo introductorio, referida a que en el Laudo censurado se omitió la aplicación del artículo 1625 del Código Civil, referido a los modos de extinción de las obligaciones, por considerarse que se incumplió el contrato y, por ende, el mismo se tenía que terminar y "Sin embargo, contradijo esa decisión al ordenar también que el contrato sea liquidado según las estipulaciones contractuales".

En relación con el requisito de subsidiariedad, derivado de la existencia del recurso extraordinario de anulación ante la procedencia de la causal octava del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el a quo concluyó que “La entidad accionante alega la configuración de contradicciones en la parte resolutiva del laudo arbitral al declarar el incumplimiento del contrato y acto seguido ordenar su liquidación de conformidad con la cláusula décima octava. Cargo que de conformidad con lo estipulado en numeral 8 del artículo 41 la ley 1563 de 2012, puede ventilarse por medio del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales”.

4.4.5. A continuación, abordó el tema relacionado con la relevancia constitucional, descartando el análisis de fondo del defecto sustantivo por no haberse interpretado el alcance del artículo 870 del Código de Comercio de conformidad con los Principios de la UNIDROIT, debido a que el alegato entraña una inconformidad relativa a un asunto de puro derecho que, en principio, no comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Aclaró que los principios de la UNIDROIT establecen las reglas generales que rigen los contratos mercantiles internacionales en los que las partes hayan pactado su aplicación, sin embargo, no excluye la aplicación de estos principios en los contratos nacionales, siempre que las partes del contrato lo hayan acordado de esa manera.

Con fundamento en lo expuesto, precisó que en el contrato de cuentas en participación objeto de estudio, entre las partes no se pactó la obligación de interpretarlo de conformidad con principios de la UNIDROIT (principios de autorregulación), omisión frente a la cual prima el principio de territorialidad de la ley, dándose prevalencia a la aplicación de las normas de derecho interno, para este caso, el Código Civil y el Código de Comercio, tal como lo hizo el árbitro de la causa.

En virtud de ello, concluyó que el cargo alegado no compromete la vulneración de los derechos fundamentales del actor, solo representa una apreciación subjetiva, relativa al marco normativo que debió aplicar el Tribunal, es decir se trata de una consideración de derecho.

Lo anterior, hace ostensible la intención del actor de utilizar la acción de tutela como una instancia adicional para cuestionar el criterio del fallador.

4.4.6. A continuación, examinó de fondo el defecto sustantivo por inaplicación de la norma contenida en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual los contratos son ley para las partes, por considerar que se declaró el incumplimiento de FINAGRO con fundamento en unas obligaciones que esta entidad no tenía.

Precisó que en el Laudo Arbitral se indicó que no se cumplió por la parte convocante con la implementación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y Trabajo, obligación que contrastó con el objeto del contrato de cuentas en participación, destacando que en el mismo se precisó que se desarrollaría de acuerdo con tales especificaciones, las cuales hacen parte integrante del contrato para todos los efectos legales.

De lo anterior concluyó que el árbitro orientó el análisis del asunto de conformidad con las estipulaciones del contrato y con la valoración del acervo probatorio, lo que lo que lo llevó a concluir que existieron incumplimientos recíprocos.

Concluyó aseverando que la argumentación expuesta por el árbitro no puede calificarse como arbitraria o irracional, y encaja dentro de las facultades propias de su papel como juez del contrato.

La sentencia se notificó por medios electrónicos a las partes y a los interesados el 30 de abril de 2018, según constancias visibles a folios 179 a 184 del expediente.

4.5. Impugnación

El apoderado de la parte accionante impugnó el fallo de primera instancia, según escrito radicado el 2 de mayo de la presente anualidad; en el que presentó los siguientes argumentos:

4.5.1. Sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela que se aplicó en relación con el defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 1625 del Código Civil

Consideró que el mismo se sustentó en haberse utilizado al formular el cargo la expresión “contradijo”, olvidando que el defecto sustantivo se predica en este caso de la falta de aplicación de la referida norma, toda vez que si el árbitro consideraba que debía decretarse la terminación del contrato, debía liquidarlo, pues de lo contrario el conflicto quedaría sin ser resuelto.

Advirtió que el recurso extraordinario no era procedente en este caso, por lo que el cargo ha debido estudiarse de fondo.

4.5.2. En relación con la relevancia constitucional por la indebida aplicación del artículo 870 del Código de Comercio, insistió en que la acción impetrada por FINAGRO apunta a la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

Advirtió que, la lectura del cargo planteado deja ver, sin mayores dificultades, que se encuentra orientado a explicar los motivos por los cuales la indebida interpretación de la norma, que desconoce principios básicos de la contratación, atenta contra los derechos fundamentales invocados.

Agregó que, la aplicación de las normas deviene en una garantía necesaria para asegurar la correcta administración de justicia.

4.5.3. En relación con el defecto sustantivo, referido a la inexistencia de las obligaciones contractuales en las cuales se sustentó el incumplimiento de FINAGRO insistió que el contrato de cuentas en participación no tiene ninguna cláusula que la obligara a cumplir obligaciones técnicas.

Al respecto advirtió que, “de haberse detenido siquiera a leer el contrato, la Sección Cuarta habría advertido fácilmente que la decisión cuestionada fue arbitraria, y que el presente asunto no está dirigido a cuestionar ‘el criterio interpretativo del árbitro’ sino a señalar que éste se apartó de las obligaciones contractuales asumidas por mi poderdante, de manera que no estamos frente a una discrepancia hermenéutica, sino ante una vía de hecho…”

4.5.4. Con respecto a la alegación sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, precisó que FINAGRO solicitó aclaración, adición y corrección, la cual fue negada “de manera caprichosa y arbitraria.”

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 19 de abril de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la acción instaurada por Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINAGRO contra la Cámara de Comercio de Santa Marta– Tribunal de Arbitramento de FINAGRO Vs. Rodolfo José De Lavalle Restrepo y Débora Delia Escorcia Navarro, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

2. Problemas jurídicos

Le corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia del 19 de abril de 2018, dictada por el Consejo de Estado – Sección Cuarta que declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la entidad pública tutelante, para lo cual se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

2.1. Si la existencia del recurso extraordinario de anulación, concretamente de la causal 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, torna la presente acción de tutela, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, en relación con el cargo de defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 1625 del Código Civil.

2.2. Si es procedente estudiar el fondo del asunto en relación con el cargo de defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 870 del Código de Comercio, en relación con el cual el a quo consideró que carecía de relevancia constitucional.

2.3. Si el Laudo Arbitral incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de las cláusulas contractuales que –a juicio del demandante– no incluían obligaciones técnicas a cargo de FINAGRO.

2.4. Si se desconoció el derecho a la tutela judicial efectiva, con ocasión de la decisión de negar las solicitudes de aclaración, adición y corrección del Laudo Arbitral.

La Sala advierte que no analizará el defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 1602 del Código Civil ni el defecto fáctico que se alegaron en el libelo introductorio, por cuanto la parte accionante no los reiteró en el escrito de impugnación ni cumplió carga argumentativa con relación con los mismos, habiendo subsumido la alegación en el defecto sustantivo por desconocimiento de las obligaciones contractuales.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: (i) naturaleza jurídica del laudo arbitral; (ii) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (iii) procedencia del recurso de anulación como medio eficaz de protección de derechos como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia y, finalmente (iv) análisis del caso concreto.

3. Naturaleza jurídica del laudo arbitral

El artículo 116 de la Constitución Política establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 define el arbitraje en los siguientes términos:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

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

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

4. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012 unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema .

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales .

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “fijados hasta el momento jurisprudencialmente”.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014 , la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la

acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

Bajo las anteriores directrices se estudiará el caso de la referencia.

5. Procedencia del recurso de anulación como medio eficaz de protección de derechos como el debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia

El legislador ha previsto el recurso de anulación como instrumento de impugnación de laudos arbitrales, en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 en los siguientes términos: “Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición”.

Las causales taxativas por las que procede se encuentran consagradas en el artículo 41 ejusdem. A diferencia de los medios ordinarios de impugnación, como el recurso de apelación, la anulación procede para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias.

Es así como ante la existencia del recurso extraordinario de anulación, el tema de la procedencia de la acción de tutela contra las laudos arbitrales ha sido ampliamente debatido por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-790 de 2010, en la cual, consideró que “[…] en materia de laudos arbitrales, esta Corte ha reconocido que los recursos de anulación y extraordinario de revisión no siempre son idóneos y eficaces para proteger oportunamente los derechos fundamentales de la parte demandante, toda vez que las causales por las que proceden son taxativas y de interpretación restringida. Adicionalmente, las causales del recurso de anulación se relacionan con asuntos estrictamente procesales.”

Asimismo, en la sentencia T-972 de 2007, se analizó una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral en el que el tutelante no había interpuesto el recurso de anulación, oportunidad en la cual se consideró que la idoneidad de este recurso debe analizarse en cada caso, “ya que puede prosperar únicamente por las causales previstas en la ley y que se relacionan con asuntos estrictamente procesales.”

En consecuencia, considera la Sección que en los casos excepcionalísimos en donde pudiera ser viable la acción de tutela contra un laudo arbitral, lo primero que ha de determinarse es la idoneidad y eficacia del recurso de anulación, evento en el que la acción de tutela se debe declarar improcedente por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial en los términos del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991.

7. Análisis del caso concreto

7.1. Subsidiariedad en relación con el cargo de existir contradicción por haberse ordenado la terminación y liquidación del contrato, por falta de aplicación del artículo 1625 del Código Civil

7.1.1. Cabe destacar que en el caso concreto, el juez constitucional a quo consideró que, en relación con el cargo formulado por la parte actora contra el Laudo Arbitral dictado el 8 de junio de 2017, correspondiente a la contradicción derivada de la falta de aplicación del artículo 1625 del Código Civil, no concurría el requisito de subsidiariedad, por cuanto procedía el recurso extraordinario de anulación, con fundamento en la causal 8ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

7.1.2. La causal de anulación del Laudo, invocada por el a quo es del siguiente tenor:

“Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”.

En esta oportunidad el legislador previó dos supuestos de configuración. Por una parte, la existencia de disposiciones contradictorias y, por otra, la presencia de errores aritméticos o por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que, en ambos casos, se encuentren en la parte resolutiva o que influyan en ella.

En relación con el primer supuesto, que es el alegado por la recurrente, cabe destacar que, en vigencia del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, según la jurisprudencia, las contradicciones en la parte resolutiva de la providencia debían ser de tal naturaleza que hicieran imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones.

Por su parte, la Ley 1563 de 2012 dispuso que podía tratarse de contradicciones en la parte motiva, pero condicionó a que tal error influya en la resolutiva, al tiempo que exigió el cumplimiento del requisito de procedencia consistente en que se hubiera alegado en la oportunidad debida el error o la contradicción, esto es, en el término previsto para la petición de aclaración, corrección o complementación del laudo proferido.

7.1.3. El a quo constitucional consideró que ha debido agotarse este mecanismo judicial, sobre la base de considerar que la entidad accionante alegó la existencia de disposiciones contradictorias, consistentes en haberse decretado la terminación del contrato y, con posterioridad a ello, su liquidación, de acuerdo con las cláusulas contractuales.

7.1.4. Al respecto se encuentra que, efectivamente en el libelo introductorio la entidad demandante alegó que frente a los modos de extinción de las obligaciones –artículo 1625 del Código Civil–, la contradicción en que incurrió el árbitro consistió en que, por una parte, declaró la terminación del contrato con fundamento en el incumplimiento de las partes, pero, acto seguido, ordenó su liquidación.

En armonía con lo anterior, consideró que una correcta aplicación de la norma mencionada hubiera conducido a que el árbitro determinara los perjuicios causados a FINAGRO por el incumplimiento exclusivo de los PROPIETARIOS, según lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato.

Siendo ello así, al revisar el Laudo Arbitral censurado se encuentra que, efectivamente, en el numeral segundo de la parte resolutiva resolvió decretar la terminación del contrato de cuentas en participación y, en el numeral tercero, que el mismo fuera liquidado, dándose cumplimiento a lo estipulado en la cláusula décimo octava que contiene los porcentajes y reglas con fundamento en las cuales se debe realizar tal ejercicio.

7.1.5. En consecuencia, al aplicar el marco conceptual expuesto al caso concreto analizado, con fundamento en las pruebas allegadas, se encuentra que efectivamente la alegación de la entidad pública accionante encuadra en el supuesto de hecho de la causal octava de anulación, en tanto, se alegó la existencia de disposiciones contradictorias en la parte resolutiva del laudo, por lo que le asistió la razón al a quo al considerar que no concurría el requisito de subsidiariedad en relación con este cargo.

7.1.6. Adicionalmente, no es posible entender, como lo pretende la recurrente, la existencia de un defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 1625 del Código Civil que consagra la forma de extinguirse las obligaciones en esta materia, por cuanto el debate en el proceso se presentó en torno al incumplimiento de las partes de las obligaciones que se establecieron en el contrato a cargo de cada una de ellas, según se desprende de la demanda inicial presentada por FINAGRO y de la demanda de reconvención formulada por los convocados al proceso arbitral, lo que condujo a la declaratoria de terminación del contrato por mutuo disenso.

Es así como, ninguna de las partes alegó en el proceso algún modo de extinción de las obligaciones de los previstos en la norma invocada y la parte actora sustentó la alegación en forma exclusiva en la contradicción en que –a su juicio– incurrió el árbitro.

7.1.7. Con respecto al requisito de procedencia, consistente en haber alegado esta contradicción en el proceso, la Sala considera que le correspondía a la entidad pública agotarlo en debida forma y que el no haberlo efectuado torna improcedente la acción de tutela y no al contrario, como lo alega la parte recurrente.

Lo anterior, por cuanto, desde el proferimiento de la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, se incluyó como requisito de procedencia de la acción de amparo “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. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.” (Subrayas de la Sala)

Resulta evidente que en el caso concreto la entidad tuvo oportunidad de argumentar en el escrito de solicitud de aclaración, corrección y complementación

la contradicción que advirtió para habilitar el recurso de anulación y no lo hizo, sin que ahora pueda alegar su propia incuria en sede de tutela, tornando improcedente ésta, por no haber hecho un uso correcto del mecanismo que el legislador puso a su disposición.

Adicional a lo anterior, se trataría de un hecho nuevo en esta instancia judicial que, al no haber sido alegado en su oportunidad en el proceso, no puede ser abordado por el juez constitucional.

Por estos motivos el cargo no prospera.

7.2. Defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 870 del Código de Comercio

7.2.1. La Sala advierte que si bien es cierto el juez constitucional a quo consideró que esta alegación carecía de relevancia constitucional y que se trataba de un asunto legal de discrepancia interpretativa, a continuación aclaró que los principios de la UNIDROIT establecen las reglas generales que rigen los contratos mercantiles internacionales en los que las partes hayan pactado su aplicación, sin embargo, no excluye la utilización de estos principios en los contratos nacionales, siempre que las partes del contrato lo hayan acordado de esa manera.

Con fundamento en lo expuesto, precisó que en el contrato de cuentas en participación objeto de estudio, entre las partes no se pactó la obligación de interpretarlo de conformidad principios de la UNIDROIT (principios de autorregulación), omisión frente a la cual prima el principio de territorialidad de la ley, dándose prevalencia a la aplicación de las normas de derecho interno, para este caso, el Código Civil y el Código de Comercio, tal como lo hizo el árbitro de la causa.

Lo anterior implica que el cargo finalmente se analizó de fondo y, contra estas consideraciones del juez constitucional, la entidad recurrente no presentó argumento alguno encaminado a desvirtuarlas.

7.2.2. Cabe destacar que el artículo 870 del Código de Comercio consagra la figura de la terminación del contrato por mora de uno de los contratantes, en los siguientes términos: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”

Al respecto, la Sala destaca que en el caso concreto no se encontró demostrada la mora de una de las partes en torno al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que hubiera dado lugar a la aplicación de la norma citada por el libelista, sino el incumplimiento recíproco de los contratantes de las obligaciones acordadas.

Tal incumplimiento se verificó al encontrar que los propietarios realizaron una entresaca de madera que no tenían permitida y, por su parte, FINAGRO incumplió por la falta de ejecución de un plan de manejo basado en el desarrollo de los árboles de cada rodal, obligación que se pactó en la cláusula tercera del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF) “preparado de común acuerdo con el propietario y presentado por REFOCOSTA S.A., para el predio descrito, el cual hace parte integral del presente contrato y conforma un todo jurídico con el mismo.”

Siendo ello así, el incumplimiento recíproco de los contratantes dio lugar a la aplicación del artículo 1609 del Código Civil y no a la norma del Código de Comercio invocada por la parte actora por lo que tampoco resultaba posible su interpretación a partir de los principios de la UNIDROIT.

En consecuencia, este cargo de apelación tampoco está llamado a prosperar.

7.3. Defecto sustantivo por desconocimiento de las cláusulas contractuales que –a juicio de la demandante– no incluían obligaciones técnicas a cargo de FINAGRO

7.3.1. La parte actora sustentó este cargo en la inexistencia de las obligaciones contractuales en las cuales se sustentó el incumplimiento de FINAGRO. Al respecto insistió en que el contrato de cuentas en participación no tiene ninguna cláusula que incluyera compromisos técnicos.

7.3.2. La Sala destaca que, de la valoración en su conjunto de los medios de convicción allegados a la actuación, en especial el contrato de cuentas en participación y los documentos que, por expresa voluntad de las partes contratantes, forman parte integrante del mismo para todos los efectos jurídicos, se encuentra acreditado que FINAGRO, representado inicialmente por la sociedad REFOCOSTA, recibió el predio para el manejo y aprovechamiento de las plantaciones forestales comerciales.

Las partes acordaron que el manejo y aprovechamiento se realizaría por parte del representante de FINAGRO de conformidad con las especificaciones técnicas establecidas en el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF), el cual hace parte integral del contrato, constituyendo con este una unidad jurídica.

Así lo consignaron expresamente los contratantes y lo presentó FINAGRO cuando convocó el Tribunal de Arbitramento y como pruebas documentales allegó el documento contentivo del contrato con el anexo referido, obrante a folios 48 a 56 del cuaderno número 1 del expediente arbitral.

En la cláusula primera del contrato de cuentas en participación no sólo se indicó que el referido plan formaba parte integrante del contrato, sino que se acordó que “FINAGRO manejará el bosque se acuerdo a los objetivos de producción propuestos en el respectivo Plan de Establecimiento de Manejo Forestal (PEMF) del predio.”

Lo anterior, adicionalmente, por cuanto no es posible entender un contrato bilateral sin la existencia de obligaciones recíprocas de las partes contratantes y, en el convenio que es objeto de análisis en esta oportunidad ellas aparecen expresas y ratificadas por los contratantes.

De lo expuesto se desprende que no existió el defecto sustantivo alegado, pues el laudo cuestionado se sustentó en la existencia clara y expresa de obligaciones contractuales a cargo de FINAGRO, por lo que este cargo de impugnación tampoco está llamado a prosperar.

7.4. Tutela judicial efectiva

7.4.1. Sobre esta alegación la Sala destaca que el sistema de protección constitucional de los derechos procesales de las partes en las actuaciones judiciales se encuentra enmarcado en Colombia dentro del modelo democrático y

social de derecho, que propende por garantizar la plenitud del control jurisdiccional sobre todos los conflictos jurídicos que se ocasionen por motivo de las relaciones jurídicas de derecho privado o de derecho público, y se ha convertido en un postulado de primer orden que justifica la lucha contra las inmunidades del poder.

El derecho fundamental de acceso a la justicia se relaciona con el servicio de administración de justicia y con la función de impartir justicia, instituciones previstas por los artículos 1º, 2º, 29, 228 y 229 de la C.P., así como los artículos 1º a 9º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996.

7.4.2. Con respecto a la alegación sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la parte actora precisó que FINAGRO solicitó aclaración, adición y corrección, la cual fue negada "de manera caprichosa y arbitraria."

La Sala destaca que esta afirmación del recurrente no cumple con la carga argumentativa mínima que le asiste al tutelante cuando su cuestionamiento se dirige contra una providencia judicial que goza de la doble presunción de legalidad y acierto.

En efecto, no indicó el impugnante los motivos por los cuales considera que la decisión del árbitro contenida en la providencia del 20 de junio de 2017 que negó por improcedentes las solicitudes presentadas por FINAGRO, sea caprichosa o arbitraria.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la misma se adoptó con fundamento en lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 1563 de 2012, norma que es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 39. ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y ADICIÓN DEL LAUDO. Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término."

Ello en concordancia con los artículos 285 y siguientes del Código General del Proceso, en virtud de los cuales existen unos requisitos de procedencia que fueron tenidos en cuenta por el árbitro, sin que en su decisión sea arbitraria o irrazonable.

7.5. Al no haber prosperado los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto si bien analizó algunos cargos de fondo, lo cual daría lugar a la negativa de los mismos, la sustentación materialmente corresponde a la que expuso el juez constitucional a quo.

## III. DECISIÓN

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

## FALLA:

PRIMERO: CONFIMAR la sentencia del 19 de abril de 2018, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por FINAGRO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: DEVOLVER a la Cámara de Comercio de Santa Marta el expediente contentivo del proceso arbitral, el cual fue remitido en préstamo a esta Corporación.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE.

**ROCIO ARAÚJO OÑATE**
**Presidente**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**
**Consejera**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**
**Consejero**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**
**Consejero**
**Ausente con permiso**