

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / ACCIÓN DE TUTELA NO ES UNA INSTANCIA ADICIONAL

La Sala advierte que de la simple comparación entre los argumentos expuestos en el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral y los de la solicitud de amparo, se evidencia, sin mayor esfuerzo, que se trata de una reiteración, con la que se pretende provocar un nuevo pronunciamiento por parte del juez de tutela. A juicio de la Sala, el hecho de que la parte actora no esté de acuerdo con lo resuelto en el laudo arbitral, no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido en el Tribunal de Arbitramento. (...) Las diferencias con los árbitros, respecto de la forma en que deciden el conflicto jurídico, son cuestiones propias del proceso arbitral, que es el escenario ideal para zanjarlas. Pretender que la acción de tutela se convierta en la instancia adicional de los procesos arbitrales no solo le resta vigor a la acción, sino que termina por desconocer la naturaleza del proceso arbitral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01217-01(AC)

Actor: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A, COVIANDES S.A

Demandado: CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE CONCILIACIÓN, TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES.

La Sala decide la impugnación presentada por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 8 de junio de 2017, dictada por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado que rechazó por improcedente la solicitud de amparo.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La Concesionaria Vial de los Andes S.A.S.- COVIANDES, mediante apoderado, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las diferencias con la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En consecuencia formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Se deje sin efectos el laudo arbitral anexo, que profirió un Tribunal de Arbitramento compuesto por los doctores Solarte, Archila y Gil el 17 de noviembre de 2016, y cuya aclaración negó el Tribunal el

25 de noviembre del mismo año, en el marco de un proceso arbitral entre COVIANDES y la ANI que se tramitó ante el centro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

SEGUNDA. Se ordene a los juristas que integraron el Tribunal, reconstruir éste y producir un nuevo laudo, teniendo en cuenta la sentencia de tutela.

a.- en subsidio, que se ordene a los juristas que integraron el Tribunal, reconstruir éste; peor si uno o más de ellos estuviesen legalmente imposibilitados para hacerlo, reconstruirlo con un árbitro designado por sorteo por el Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio; o, si fueren dos los imposibilitados, reconstruir el Tribunal con los que designen las partes de común acuerdo en el plazo que señale la sentencia, para producir un laudo acorde con la sentencia de tutela. Los honorarios y gastos se fijarán en la forma que determine la sentencia de tutela.

b.- en subsidio de lo anterior, que se ordene a COVIANDES iniciar de nuevo el trámite arbitral para que, con base en la demanda, su contestación, las pruebas y alegatos de las partes, Tribunal dicte laudo acorde con la sentencia de tutela.

El propósito de esta demanda es tutelar el derecho de COVIANDES a “debido proceso” y al “acceso a la justicia” (artículos 29 y 229 de la Constitución Política), en conexión con los mandatos constitucionales sobre responsabilidad del Estado (artículo 90 de la Constitución), los fines esenciales del Estado, la confianza en la administración basada en la buena fe, y los fundamentos de la función pública, establecidos en los artículos 2, 83 y 209 de la misma Constitución, y en conexión con varias normas legales que expresan esos derechos y principios.”¹

2. Hechos

De la lectura del escrito de tutela se extraen como hechos relevantes, los siguientes:

2.1 El Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura- en adelante ANI) y la Concesionaria Vial de los Andes S.A.S. (en adelante COVIANDES) suscribieron contrato de concesión N° 444 de 1994, el cual tenía por objeto la construcción y operación de un tramo de la doble calzada Bogotá – Villavicencio.

2.2 El 22 de enero de 2010, la ANI y COVIANDES firmaron el Adicional No. 1 del contrato de concesión con el objeto de modificar el modelo financiero, teniendo en cuenta que en lugar de COVIANDES recibir una parte de los aportes para financiación de las obras, obtendría una deducción fiscal, calculada como un porcentaje de las inversiones que haría para construir la obra, en “activos fijos reales productivos” que hiciera en el proyecto, durante los 8 años que duraría la etapa de ejecución del contrato de conformidad con la Ley 1370 de 2009 .

¹ Folios 8 y 9 del expediente principal.

2.3 En virtud de lo anterior, la sociedad demandante aceptó renunciar a los aportes presupuestales que debería hacer INCO para financiar las nuevas obras y asumir el riesgo regulatorio. Esa aceptación fue condicional en la medida de que el INCO debía tramitar un contrato de estabilidad jurídica con el objeto de proteger el riesgo por los cambios en el régimen dispuesto en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, norma que permitía deducir del impuesto de renta las inversiones en activos fijos reales productivos.

Para tal efecto, en la cláusula décimaprimer del Adicional No.1 acordaron que INCO emitiría en el menor tiempo posible los conceptos solicitados por el Comité de Estabilidad Jurídica, como sustento a la solicitud de contrato de “estabilidad jurídica” que presentó COVIANDES el 24 de mayo de 2010.

2.4 Dicha solicitud fue admitida el 18 de junio de 2010, y el 2 de julio del mismo año se solicitó al INCO concepto técnico, requerido para que se estudiara y aprobara el contrato de estabilidad jurídica, pero solo hasta el 17 de mayo de 2011, el INCO rindió concepto en el que se opuso a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, con lo que incumplió la obligación asumida en el Adicional No. 1.

2.5 Transcurridos 2 años y una vez que el INCO se transformó en la ANI, esta agencia dio concepto favorable para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica solicitada por COVIANDES. Sin embargo, para esa fecha el beneficio tributario solo podría estabilizarse durante 3 años.

2.6 Ante el incumplimiento del INCO, el 16 de febrero de 2016, COVIANDES presentó demanda arbitral contra la ANI, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por el incumplimiento de la ley, el Contrato de Concesión 444 de 1994 y el Adicional No. 1, con la finalidad de que se condenara a la ANI al pago de la indemnización de todos los perjuicios sufridos por COVIANDES y derivados del incumplimiento de su antecesor INCO.

2.7 El 17 de noviembre de 2016, el Tribunal de Arbitraje profirió laudo en el que rechazó todas las pretensiones y condenó en costas a COVIANDES. El laudo fue objeto de aclaración por auto de 25 de noviembre de 2016.

3. Argumentos de la tutela

La demandante manifestó que el laudo arbitral incurrió en defecto sustantivo dado que a su juicio en la parte motiva se afirma que existió incumplimiento contractual, sin embargo, en la parte resolutive rechaza la pretensión de declarar el incumplimiento razón por la que afirmó que el laudo contiene disposiciones contradictorias.

De igual forma señaló que incurrió en defecto fáctico dado que no valoró que entre las pruebas se encontraban las propias manifestaciones de la ANI en la contestación de la demanda donde reconoce de forma expresa y explícita que el concepto emitido fue desfavorable, además no tuvo en cuenta las pruebas de los perjuicios.

Afirmó que en el estudio de dicha providencia se omitió el principio de buena fe y se vulneró lo contemplado en el artículo 90 de la Constitución, pues a su juicio se omitió la responsabilidad del Estado.

4. Oposiciones

El Gerente de Defensa Judicial de la **Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)**, indicó que lo pretendido por la demandante es utilizar el presente mecanismo constitucional como una instancia adicional para proteger sus derechos económicos, lo cual desnaturaliza la finalidad de la solicitud de amparo constitucional.

Afirmó, que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial antes de acudir al juez de tutela y, además, actualmente se encuentra pendiente para decidir ante esta Corporación un recurso extraordinario de anulación, razón por la que solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá manifestó que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que se encuentra en curso ante la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso de anulación interpuesto por COVIANDES S.A contra dicha decisión arbitral.

De igual forma afirmó que los argumentos planteados entre la solicitud de tutela y el recurso de anulación son iguales, dado que en ambos escritos se cuestiona la decisión del Tribunal de Arbitramento. Por último, adujo que la providencia cuestionada negó las pretensiones de la demanda debido a que no encontró demostrado el perjuicio ocasionado por la ANI.

5. Sentencia impugnada

La Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017, rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia al considerar que la solicitud de amparo no cumple con un requisito de procedibilidad, pues el actor cuenta con otro medio de defensa, el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral pendiente de resolver.

6. Impugnación

La demandante impugnó la anterior decisión, reiteró los argumentos del escrito inicial y manifestó que ya fue resuelto el recurso de anulación razón por la que no cuenta con otro medio de defensa judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La acción de tutela – generalidades

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto»*.

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. Acción de tutela contra laudos arbitrales

La Corte Constitucional, en sentencia SU - 174 de 2007 (entre otras), se refirió a la improcedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, el procedimiento arbitral y las decisiones judiciales proferidas como consecuencia del recurso de anulación en los siguientes términos:

“... 5.1. En consonancia con lo establecido en apartes anteriores, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que, por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales. Esta postura jurisprudencial se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

5.2. La Corte ha afirmado que, en tanto administradores de justicia, los árbitros no están exentos de cumplir con lo dispuesto en la Carta Política, y que en consecuencia, es posible que mediante la acción de tutela se controlen sus actos cuando con éstos se vulnera de manera directa un derecho fundamental. Así, en la sentencia SU-837 de 2002 se explicó que “la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos (...) La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales”. En esta misma decisión se señaló que “por la naturaleza especial del arbitramento, la acción de tutela solo es procedente contra laudos arbitrales en circunstancias realmente excepcionales”, dada la existencia de mecanismos específicos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar tales decisiones judiciales. Las vías de hecho que se pueden predicar de un laudo arbitral para hacer procedente la acción de tutela en su contra deben implicar la vulneración directa de un derecho fundamental.

5.3. Las circunstancias que justifican la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales se puede apreciar con base en una revisión de las cinco sentencias en las que esta Corporación se ha pronunciado sobre el asunto, tal y como se describen a continuación. La mayoría de las sentencias que se reseñarán aludieron a arbitramentos no administrativos, pero lo dicho en ellas sobre la especificidad de las vías judiciales de control de los laudos resulta relevante para apreciar que la procedencia de la tutela exige que mediante una vía de hecho se configure la vulneración directa de un derecho fundamental en el caso concreto...

... 5.4. Síntesis: reglas aplicables a la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Como se señaló en el aparte 3.4.3. precedente, las cinco providencias que se acaban de reseñar, en las cuales la Corte decidió sobre acciones de tutela interpuestas contra laudos arbitrales, tienen como común denominador los siguientes cuatro elementos, que en conjunto subrayan el carácter excepcional de la acción de tutela en estas oportunidades:

(1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;

(2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;

(3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y

(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de hecho mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo.

Según se indicó en la sección 3.4.1. anterior, estos cuatro criterios se derivan, conjuntamente, de (a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.”

Sobre la materia la Corte igualmente ha indicado:

“Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte los laudos arbitrales se equiparan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela. En efecto, este mecanismo constitucional es procedente contra laudos arbitrales siempre que con ellos se vulneren, amenacen o afecten los derechos fundamentales de las partes o de terceros. En este sentido, la Corte en la Sentencia C-378 de 2008 admitió que: “El laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, por lo que resulta procedente la acción de tutela cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.”

Ahora bien, dado el carácter subsidiario y residual de la tutela, ella no procede contra laudos arbitrales cuando dentro del trámite arbitral las partes o los afectados por la decisión no hicieron uso de los medios de defensa mediante la presentación de los recursos procedentes excepto que se acuda a este mecanismo de manera excepcional para evitar un perjuicio irremediable.

La procedencia de la acción de tutela contra laudos encuentra, entonces, fundamento en el artículo 86 de la Constitución conforme al cual constituye un medio de defensa idóneo contra la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales por parte del administrador de justicia, ya sea por acción u omisión. Ello, ante la posibilidad de que el Tribunal de Arbitramento revestido transitoriamente de la facultad de administrar justicia, pueda con sus decisiones afectar un derecho fundamental, caso en el cual resulta procedente solicitar la protección del derecho por este mecanismo excepcional.”²

Ahora bien, en cuanto a la acción de tutela para controvertir providencias judiciales, la Sala reitera:

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad³.

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional⁴.

² Sentencia T – 055 de 2014.

³ Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01 y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01.

⁴Entre otras, ver sentencias de 28 de enero de 2010 (Exp. AC-2009-00778); de 10 de febrero de 2011 (exp AC-2010-1239) y de 3 de marzo de 2011 (Exp. 2010-01271).

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 31 de julio de 2012, exp 2009-01328-01, aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial, en los siguientes términos:

“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.” (Subraya la Sala)

“... ”

- (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;
- (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (Negrilla fuera del texto)
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;
- (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.”

Una vez agotado el estudio de estos requisitos y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

Esta Sala en otras oportunidades ha indicado que:

”Por la naturaleza especial del arbitramento, la verificación de los requisitos generales y específicos para la procedencia y prosperidad de la tutela contra las providencias judiciales debe ser más exigente, más rigurosa, pues, de lo contrario, el juez de tutela se convertiría en el permanente revisor de la actividad judicial de los árbitros, circunstancia que no solo no se compadece con el carácter especial del arbitramento, como función pública judicial al fin y al cabo, sino que desconocería el carácter excepcional de la acción de tutela y pondría en riesgo la seguridad jurídica, valor fundante de todo sistema judicial, incluido el que desempeña el arbitramento.”⁵

3. Caso concreto

La demandante solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que considera vulnerados por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, convocado por la Concesionaria Vial de los Andes S.A COVIANDES S.A.

Argumentos del recurso de anulación contra laudo del 17 de noviembre de 2016⁶	Argumentos expuestos en el escrito de tutela⁷
<p>1) Causal 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, <i>“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”</i></p> <p>El recurrente fundó cuatro de los cargos de anulación al amparo de esta causal de anulación. Pasa a exponerse cada uno de ellos.</p> <p><i>Laudo en equidad y no en derecho acerca del incumplimiento del contrato.</i> En sentir de la parte convocante aunque el panel arbitral realizó una valoración de la masa probatoria dejó de lado la aplicación de preceptos constitucionales y legales que guardan incidencia directa y sustantiva con la resolución del caso, de ahí que se configure un error <i>in procedendo</i>.</p> <p>Explicó que pese a que la demanda se fundamentó, en buena parte, en la violación al principio de buena fe, el laudo omitió por completo hacer referencia a ese marco suprallegal.</p>	<p>(...) pese a haber reconocido prima facie el incumplimiento del INCO (págs. 85 y 86 del laudo) el Tribunal omite aplicar las normas generales sobre responsabilidad estatal (artículo 90 de la Constitución) y las propias de la responsabilidad contractual así como los principios constitucionales sobre “buena fe” (artículo 90 de la constitución) y “buena administración” (artículo 209 de la constitución). En su lugar, el Tribunal en lugar de centrar el análisis en la causalidad jurídica en el reconocido incumplimiento contractual del INCO, y en el artículo 1615 del código civil y en las consecuencias naturales del incumplimiento de una obligación que impedía que otras personas cumplieran las suyas, lo desplaza hacia la conducta de otras entidades estatales, tal como el Comité de Estabilidad jurídica, no vinculadas por contrato con COVIANDES, y que en el año 2010 obraban en abierto desconocimiento de normas legales.</p>

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2017, radicado No. 11001-03-15-000-2017-00003-00.

⁶ Argumentos tomados del estudio realizado en el recurso de anulación con radicado 2017-00018-00 específicamente en la providencia del 9 de junio de 2017.

⁷ Obrán del folio 5 al 8 del expediente de tutela.

<p>(...)</p> <p>El laudo no aplicó el principio de buena fe cuando, al calificar como “favorable” el concepto dado por el Inco el 17 de mayo de 2011, declaró que la convocada no incumplió el contrato. Expresó el censor, luego de transcribir y glosar apartes de ese documento, que en su criterio el sentido del mismo era desfavorable pero anotó que aun admitiendo que pudiera ser tenido por favorable Inco incumplió el principio de buena fe toda vez que el convocante tenía derecho a esperar un documento favorable inequívoco.</p>	
<p>De otra parte, advirtió que también se incurrió en violación de la buena fe, por parte del Tribunal, al no haber considerado las propias manifestaciones de la ANI en la contestación de la demanda donde la Entidad dice de manera expresa y explícita que el concepto emitido fue desfavorable. El laudo ni siquiera mencionó la contestación de la demanda y oficiosamente asumió la tarea de contradecir a la ANI en provecho de ella para concluir que el concepto emitido el 17 de mayo de 2011 sí era favorable a la solicitud de contrato de estabilidad jurídica de Coviandes. También esta circunstancia hace predicar al laudo “en equidad”, debiendo ser en derecho.</p> <p>De esta manera cuestionó el laudo en cuanto a no haber valorado que en la contestación de demanda la ANI aceptó que en la estructura económica fijada en el Adicional No. 1 Coviandes dejaría de recibir aportes presupuestales a cambio de obtener deducciones de su impuesto de renta con base en las inversiones realizadas en el proyecto.</p>	<p>En el mismo asunto del incumplimiento, el laudo deja de aplicar el artículo 176 del CGP e incurre en defecto fáctico por omisión, prima facie de analizar las pruebas. Entre las pruebas que no analizó el Tribunal sobresale la contestación que el INCO (hoy ANI) dio a la demanda, en la cual ANI reconoció dos veces en forma expresa y explícita (respuesta al hecho cuadragésimo de la demanda, y al presentar excepciones en el numeral 2.2, página 15, de la contestación) que el concepto tardío que INCO dio sobre la petición de “contrato de estabilidad jurídica de COVIANDES, había sido “desfavorable”.</p>
<p>2) Causal 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “Contener el laudo disposiciones contradictorias,</p>	<p>Los defectos del laudo se observan, prima facie con solo comparara las páginas 85 y 86 del mismo – donde el</p>

<p><i>errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el tribunal arbitral”.</i></p> <p>Al amparo de esta causal Coviandes alegó que el laudo arbitral de 17 de noviembre de 2016 era incongruente toda vez que en la parte considerativa el panel arbitral concluyó que el Inco (hoy ANI) incumplió su obligación de rendir concepto ante la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Tributaria (cita la página 86 del laudo) pero de manera incongruente resolvió desestimar la segunda pretensión de la demanda, relativa al incumplimiento de la demandada, en el numeral cuarto de la parte resolutive de la decisión. Sostiene que en caso de haberse declarado el incumplimiento del Inco por retardo ello hubiera permitido apreciar de manera más clara los efectos de ese retardo sobre el riesgo tributario de Coviandes y, en últimas, dice, de haberse reconocido que parcialmente prosperaba la pretensión segunda de la demanda, por incumplimiento, ello habría facultado al Tribunal para eximir de condena en costas a Coviandes, lo que tampoco sucedió.</p>	<p>laudo afirma que hubo un incumplimiento contractual de INCO con el ordinal cuarto de la parte resolutive (página 181), en donde se rechaza, sin distinciones, la pretensión segunda, en la que se pedía una declaración de incumplimiento. Esta contradicción, defecto sustantivo, fue puesta de presente al Tribunal, en la etapa de aclaraciones, sin que el Tribunal hiciera nada distinto de repetir lo que había dicho en el laudo.</p> <p>A partir de esa contradicción prima facie, el laudo construye sus demás análisis. Es así como, en la parte probatoria relacionada con otros aspectos del incumplimiento, interpreta un documento que contiene algunas frases intermedias ambiguas, pero una conclusión inequívoca y contraria a aquellas, sin dar razón alguna (defecto de motivación) acerca de por qué profiere las frases intermedias del documento sobre el párrafo de conclusiones.</p>
---	---

Indicó que el laudo de 17 de noviembre de 2016, incurrió en defecto fáctico y en defecto sustantivo al negar las pretensiones sin tener en cuenta que existió incumplimiento contractual por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura.

La Sala considera pertinente aclarar que el *aquo* manifestó que la demandante contaba con otro medio de defensa judicial al momento del fallo de primera instancia debido a que se encontraba en curso el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral. Sin embargo, a la fecha ya fue resuelto razón por la que la sala tendrá en consideración los argumentos expuestos por la parte en dicho proceso.

Previo a cualquier consideración, la Sala advierte que de la simple comparación entre los argumentos expuestos en el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral y los de la solicitud de amparo, se evidencia, sin mayor esfuerzo, que se trata de una reiteración, con la que se pretende provocar un nuevo pronunciamiento por parte del juez de tutela. Veamos:

De conformidad con lo anterior se tiene claramente que la Concesionaria de los Andes S.A. –COVIANDES- pretende hacer uso de la solicitud de amparo como

instancia adicional, pues se observa que lo alegado en el recurso de anulación fue reiterado en la acción de tutela, además es importante destacar que la demandante interpuso otra acción de tutela identificada con el radicado No. 2017-03462-00, en la que atacó con argumentos similares a los expuestos en la acción de la referencia la providencia del 9 de junio de 2017, mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación al no encontrar probado el perjuicio alegado.

A juicio de la Sala, el hecho de que la parte actora no esté de acuerdo con lo resuelto en el laudo arbitral, no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido en el Tribunal de Arbitramento. La tutela es un valioso mecanismo de protección de derechos fundamentales, más no es una instancia adicional de los procesos judiciales resueltos por el juez de la causa. Las diferencias con los árbitros, respecto de la forma en que deciden el conflicto jurídico, son cuestiones propias del proceso arbitral, que es el escenario ideal para zanjarlas. Pretender que la acción de tutela se convierta en la instancia adicional de los procesos arbitrales no solo le resta vigor a la acción, sino que termina por desconocer la naturaleza del proceso arbitral.

Por lo expuesto en la parte considerativa la Sala confirmará el fallo del 8 de junio de 2017, proferido por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el entendido que debió declararse improcedente y no rechazarse.

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.

FALLA

- 1. Confirmar** el fallo de 8 de junio de 2017, proferido por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
- 2. Notificar** a las partes por el medio más expedito posible.
- 3. Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual Revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ