

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL
POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO
DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - En trámite**

[L]a Sala no puede pasar por alto que, a la fecha, la Sección Tercera de esta Corporación aún no ha resuelto el recurso de anulación contra el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017, objeto de la presente acción de tutela, y, si bien los defectos alegados en el asunto de la referencia no eran susceptibles de proponerse en dicho recurso, lo cierto es que, hasta tanto el juez de la anulación no se pronuncie sobre la prosperidad de las causales alegadas, cualquier pronunciamiento del juez de tutela sería inocuo, dado que las implicaciones que tendría una decisión anulatoria del laudo controvertido, tendría los mismos efectos que se pretende con este mecanismo constitucional de amparo. Es deber entonces del juez constitucional garantizar la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, más tratándose de un laudo arbitral de carácter internacional y, como primera medida para lograr este cometido, debe respetar las instancias judiciales previstas por el ordenamiento que permitan desatar todos los recursos disponibles con los cuales se zanje de manera definitiva una controversia de este tipo. (...) En tales condiciones, no resulta procedente el estudio de fondo de la demanda de tutela propuesta por las sociedades demandantes, hasta tanto la Sección Tercera de esta Corporación desate el recurso de anulación. Visto así el asunto, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, pero por las precisas razones expuestas en esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00604-01(AC)

Actor: GECELCA S.A. E.S.P. Y OTRO

**Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE
COMERCIO DE BOGOTÁ**

Decide la Sala la impugnación presentada por el apoderado de la parte actora contra el fallo del 26 de julio de 2018, proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación, a través del cual declaró improcedente la acción de tutela deprecada.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional

Mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 28 de febrero de 2018, las sociedades Gecelca S.A. E.S.P. y Gecelca 3 S.A.S., a través de apoderados judiciales, presentaron solicitud de amparo en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Sostuvieron que tales derechos les han sido vulnerados con ocasión del laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017 proferido por dicho organismo, en el cual condenó a las accionantes a pagar una suma excesivamente onerosa de cara al contrato estatal que habían suscrito con el consorcio China United Engineering Corporation - Dongfang Turbine Co. Ltd., desconociendo, a su juicio, los supuestos de hecho y de derecho en que debía fundarse.

En concreto, formularon las siguientes pretensiones:

«En atención a los hechos descritos, y de acuerdo con los fundamentos de derecho que a continuación se desarrollarán, solicito que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva de Gecelca y Gecelca 3.

En consecuencia, solicito que se que se (sic) deje sin efectos el Laudo Final del 4 de diciembre de 2007.

Las anteriores pretensiones no versan sobre la decisión de corrección, proferida el 31 de enero de 2018, que no cambió el Laudo Final en lo que es objeto de esta acción de tutela».

La solicitud tuvo como fundamento, los siguientes

2. Hechos

Narró que Gecelca es una empresa de servicios públicos mixta en cuyo capital la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene aportes superiores al 99% y por ello es catalogada como entidad de carácter estatal; así mismo, para efectos presupuestales, se asimila a una empresa industrial y comercial del Estado (Decreto 111 de 1996, art. 5).

Comentó que Gecelca se dedica a la generación y comercialización de energía eléctrica.

Anotó que en el año 2008, Gecelca, para cumplir con sus obligaciones ante el Sistema Interconectado Nacional SIN, producto de la asignación en subasta de obligación de energía firme del cargo por confiabilidad, a través de la construcción y entrada en operación comercial de la Planta Gecelca 3, encontró necesario y adecuado, utilizar el mecanismo de Zona Franca Permanente Especial, como

beneficio fiscal para lo cual requería la constitución de una nueva persona jurídica.

Precisó que, fue así como en el año 2009 se constituyó la empresa Gecelca 3 inicialmente con participación del 86% de Gecelca y 14% de particulares. Actualmente Gecelca 3 es, al igual que Gecelca, una empresa de servicios públicos mixta, con más del 99% de participación de Gecelca S.A.

Expuso que, posteriormente, Gecelca 3 suscribió un mandato con Gecelca, en virtud del cual ésta última contrataría en nombre y representación de la primera, la construcción, instalación y puesta en operación comercial de una planta térmica a carbón en jurisdicción del municipio de Puerto Libertador, departamento de Córdoba.

Destacó que, de acuerdo con ese mandato Gecelca publicó una solicitud de ofertas, realizó un proceso de selección del contratista y en el 2010 seleccionó al Consorcio China United Engineering Corporation – Dongfang Turbine Co. Ltd., conformado por dos sociedades domiciliadas en China (en adelante Consorcio CUC-DTC).

Señaló que el 22 de diciembre de 2010 Gecelca y el consorcio celebraron el contrato denominado RP3 con el siguiente objeto: *“la realización por parte del CONTRATISTA EPC y a favor de GECELCA de la ingeniería, adquisición, construcción, instalación y puesta en operación comercial bajo la modalidad llave en mano, de una central térmica con capacidad de generación de ciento sesenta y cuatro mil (164000) kW netos en sitio, a una frecuencia de 60 Hz y una tensión de 110Kv, en una sola unidad a carbón con caldera de lecho fluidizado, en jurisdicción del municipio de Puerto Libertador, Departamento de Córdoba – Colombia (...).”*

Resaltó que el contrato RP3 se consignó de manera explícita y concertada, como un contrato bajo la modalidad de llave en mano, que conlleva una asignación de riesgos predominantemente atribuibles al contratista, con la una obligación de resultado de entregar la obra pactada en el plazo convenido, por un precio fijo global.

Indicó que en la cláusula 6 del contrato se fijó un plazo máximo de ejecución de mil (1000) días calendario contados a partir del día siguiente a la fecha de firma del acta de inicio, con una obligación de realizar una prueba de operación de mínimo 72 horas a los setecientos dieciocho (718) días calendario y un plazo máximo para la recepción en operación de la planta de novecientos (900) días calendario. El acta de inicio se firmó el 2 de febrero de 2011, con lo cual estos tres plazos habrían vencido así: el plazo para realizar la prueba de operación, el 20 de enero de 2013; para la recepción en operación, el 20 de julio de 2013 y el plazo máximo de ejecución del contrato, vencería el 29 de octubre de 2013.

Apuntó que para la correcta ejecución, supervisión e interventoría del contrato se adoptó un Plan Detallado de Trabajo PDT, que describía todas las etapas de la ejecución del contrato, con sus respectivos plazos.

Sostuvo que el Consorcio CUC-DTC no cumplió los plazos establecidos en el PDT y desde el año 2011 presentó retrasos significativos en el PDT. Por ese motivo, y ante la inminencia del cumplimiento de los primeros plazos, el 9 de diciembre de 2012, el consorcio presentó una solicitud de ampliación de los plazos en 85 días adicionales, con lo cual se tendría el 13 de octubre de 2013, como nueva fecha para la recepción en operación y el 23 de enero de 2014 como nuevo plazo

máximo de ejecución.

Estableció que la ampliación fue aceptada por Gecelca, lo cual llevó a la adopción de un nuevo PDT, modificado de acuerdo con estos nuevos plazos. El 26 de agosto de 2013, y antes de que se hubiera formalizado la anterior ampliación de 85 días, el consorcio pidió un plazo adicional de 169 días, para un total de 254 días, con lo cual se tendría el 31 de marzo de 2014 como nueva fecha para la recepción en operación y el 10 de julio de 2014 como nuevo plazo máximo.

Anotó que esa solicitud fue aceptada y de acuerdo con la cláusula 25 del contrato, se consignó el 20 de agosto de 2013 el otrosí número 1, el cual fue firmado por las partes en señal de aceptación para modificar los plazos inicialmente pactados.

Señaló que esa ampliación del plazo del contrato se fundó en la cláusula 25 que la permitía siempre y cuando la modificación constara de manera expresa por escrito.

Adujo que los retrasos en que incurrió el consorcio fueron reportados por la interventoría del contrato mediante comunicación del 12 de abril de 2013, en la cual se indicó el incumplimiento en la finalización de varias actividades de obra civil, de montaje y de instalación, que presentaban entre 19 y 110 días de retraso. Estas actividades fueron identificadas en el anexo A de la comunicación. También indicó que no se habían comenzado algunas actividades principales de instalación, que para la fecha debían haberse iniciado, de acuerdo con el PDT, como la instalación de la turbina/generador, el sistema de clorinación, la estación compresora de aire, los sistemas eléctricos, la tubería de conexión de componentes de caldera y los componentes de sellamiento de la caldera; actividades que debían haber iniciado entre enero y febrero de 2013, pero que para abril de ese año no habían comenzado.

Destacó que, para este tipo de eventos de incumplimiento parcial, la cláusula 15.1 del contrato previó la facultad de la entidad contratante para imponer multas, razón por la cual, el 17 de abril de 2013 y teniendo en cuenta el informe de la interventoría, Gecelca inició el procedimiento sancionatorio de multa, solicitando al consorcio que presentara *“las explicaciones del caso, así como un plan de mitigación debidamente estructurado (...) en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del requerimiento que se hace mediante esta comunicación”*.

Comentó que el plan de mejoramiento presentado por el consorcio que se originó del retraso e incumplimiento parcial del contratista, no era satisfactorio, tal y como lo indicó la interventoría, por lo cual se solicitó al consorcio presentar un Plan de Mejoramiento que cumpliera los requerimientos de Gecelca. Dicho plan no fue presentado dentro del plazo fijado, razón por la cual el 16 de mayo de 2013 y teniendo en cuenta la gravedad de los retrasos y la inminencia del incumplimiento ante el Sistema Interconectado Nacional, así como las explicaciones deficientes del consorcio y la ausencia de un plan satisfactorio para superarlos, Gecelca impuso una multa por el valor máximo previsto en la cláusula 15.1, esto es, USD 75,000, por cada día de incumplimiento.

Aclaró que la anterior multa se aplicó hasta el 28 de agosto de 2013 y el 29 de agosto de 2013 se firmó el otrosí No. 1 en el cual se amplió el plazo de recepción en operación y el plazo máximo de ejecución del contrato.

Agregó que no obstante las extensiones a los plazos acordadas por las partes mediante el otrosí No. 1 y el apremio hecho al consorcio por medio de las multas,

éste incumplió los plazos de 31 de marzo para la entrada en operación comercial y el 10 de julio de 2014 para la entrega total de las obras, pactados en el otrosí.

Indicó que desde mayo de 2014, Gecelca propuso al consorcio la celebración de un segundo otrosí, con el fin de postergar la fecha de recepción en operación hasta noviembre de 2014, pero el consorcio no accedió a suscribir el mismo.

Precisó que cumplidos los plazos sin que el consorcio hubiera terminado la construcción de la central térmica o la hubiera entregado en operación, Gecelca comunicó esta circunstancia el 11 de julio de 2014.

Indicó que el 15 de julio de 2014, Gecelca comunicó al consorcio que ante la expiración del plazo de ejecución se había iniciado la etapa de liquidación del contrato.

Sostuvo que entre el 10 de julio de 2014, fecha en que venció el plazo máximo de ejecución del contrato e inició la etapa de liquidación y el 5 de septiembre de 2014, fecha en que se suscribió el acta 2 de liquidación en la cual se definieron las actividades faltantes para la entrega en operación de la planta, transcurrió un periodo en el cual no se realizaron obras ni se ejecutó ninguna actividad comprendida en el objeto del contrato, ya que había expirado el plazo máximo de ejecución.

Anotó que el 15 de julio de 2014 los representantes de Gecelca y el consorcio firmaron el acta 1, en la cual se consignaron las posiciones de ambas partes sobre el estado del contrato. Para el consorcio el plazo contractual había sido prorrogado automáticamente de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II de la cláusula 8 del contrato. Esta cláusula permitía al contratista solicitar una extensión en el plazo de ejecución, si había un atraso en los pagos por parte de Gecelca.

Determinó que para Gecelca, el plazo no podía prorrogarse automáticamente pues la cláusula permitía al contratista solicitar una extensión, pero no obtenerla automáticamente, lo cual, por tratarse de un contrato en el que participa una entidad pública, estaría vedado por su naturaleza solemne. Por ese motivo, Gecelca consignó en esa acta que el plazo contractual para el cumplimiento y ejecución del objeto del mismo venció el 10 de julio de 2014, como se lo hizo saber la entidad en su comunicación del 11 de julio de 2014.

Acotó que en el acta de liquidación 2, como cláusula primera se acordó que las partes extendían de común acuerdo el plazo de liquidación del contrato hasta el 30 de noviembre de 2014, con el fin de realizar, a más tardar para esa fecha, las actividades faltantes indicadas en el informe de la interventoría y en el anexo 4, para la entrada en operación comercial de la planta. Además, se acordó que las partes podrían suscribir actas de liquidación parciales sucesivas antes de suscribir el acta de liquidación final. Por último se acordó que esta acta es válida en todas sus partes sin perjuicio de las diferencias entre las partes.

Describió que el anexo 4, al que se refirió el acta 2 de liquidación, estableció nueve hitos cuyo cumplimiento se requería para que la planta entrara en operación, de manera que correspondió a un plan de entrega de obras y actividades propuesto por el consorcio y aceptado por Gecelca, tal como se hizo constar en la consideración "L" del acta.

Enfatizó que las partes hicieron constar que la intención detrás de la suscripción

de esa acta no era extender el plazo máximo de ejecución del contrato, sino extender el plazo de liquidación con el único fin de satisfacer el interés general en este caso, ante la probabilidad del fenómeno del niño, de acuerdo con la consideración “k”.

Enunció todas las actas de liquidación que en adelante suscribieron las partes, con las mismas salvedades anotadas anteriormente respecto del plazo.

Apuntó que el 17 de septiembre de 2015 entró en operación comercial la central Gecelca, es decir, 434 días después del vencimiento del plazo máximo de ejecución -10 de julio de 2014- y un total de 1688 días después del inicio de la ejecución del contrato.

Agregó que el 30 de noviembre de 2015 las partes suscribieron el acta 8 de liquidación, que fue la última acta de liquidación extendiendo de común acuerdo el plazo de liquidación hasta el 17 de marzo de 2016, con las mismas salvedades ya explicadas.

Adujo que, después de surtida la liquidación, quedaron pendientes hitos adicionales del acta de liquidación No. 2, relacionados con el servicio de agua desmineralizada, pruebas al sistema de combustible y manejo de carbón y, más importante aún, una prueba de operación de 72 horas con la que el consorcio demostraría que la central térmica cumplía y funcionaba correctamente en línea con las características acordadas por la partes en la cláusula 1 del contrato.

Indicó que el 29 de diciembre de 2014, mientras aun transcurría el periodo de liquidación, el consorcio presentó ante la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud para someter a arbitraje internacional las controversias surgidas entre las partes. El 29 de enero de 2015, Gecelca y Gecelca 3 presentaron sus contestaciones a la solicitud de arbitraje en las que dejaron expresa constancia que el trámite arbitral era nacional y no internacional como lo había invocado el consorcio.

Precisó que el 12 de febrero de 2015, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá sorteó los árbitros de la lista de árbitros internacionales, a pesar de que Gecelca y Gecelca 3 habían señalado que el arbitraje, en este caso, debía ser nacional.

Explicó que el arbitraje fue calificado como internacional debido a que las dos empresas que conformaban el consorcio CUC-DTC tienen domicilio en China. En el laudo parcial se consideró inmaterial el hecho de que Gecelca, como entidad pública, hubiera suscrito el contrato bajo la vigencia de la Ley 315 de 1996, que exigía una alusión expresa al arbitraje internacional en la cláusula compromisoria, lo cual que no quedó consignado en la respectiva cláusula del contrato RP3.

Aclaró que el 4 de diciembre de 2017, el Tribunal emitió el laudo arbitral definitivo en el cual se declaró sin competencia para decidir reclamos planteados contra Gecelca, pero con competencia para decidir respecto de Gecelca 3; declaró la admisibilidad de las pretensiones del consorcio y del Gecelca 3; declaró la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del contrato; declaró que el plazo máximo de ejecución del contrato RP3 no fue acordado en el otrosí No. 1 (10 de julio de 2014) sino que mediante las llamadas actas de liquidación “*fue extendido de común acuerdo por las partes hasta el 17 de marzo de 2016*” y condenó a Gecelca 3 a pagar el saldo del contrato y a indemnizar los perjuicios causados por

la interrupción de las obras en el periodo posterior a la expedición del plazo de ejecución contractual.

Señaló que, igualmente, declaró la existencia, validez, eficacia y oponibilidad de la cláusula 15 del contrato, la cual facultaba a Gecelca para imponer multas, sin embargo declaró que la imposición de la multa y el descuento de los pagos adeudados al consorcio como resultado de la misma, “ *fueron indebidos o improcedentes*”. Por lo tanto, consideró que la multa era indebida y que el monto debía ser devuelto al consorcio, por un total de USD \$40.329.837,92, ordenando a Gecelca 3 a pagar dicha suma dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo.

Puntualizó que contra el referido laudo arbitral, Gecelca 3, el 11 de enero de 2018, presentó recurso de anulación, alegando las siguientes causales: i) el vencimiento del término de las actuaciones arbitrales y por consiguiente la pérdida de competencia del Tribunal sin que hubiese sido prorrogada por los árbitros, lo cual impidió que Gecelca 3 pudiera ejercer su derecho a solicitar la corrección e interpretación del laudo y a pedir un laudo adicional ii) el desconocimiento del procedimiento acordado por las partes y iii) no haber elevado solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Sostuvo que, previamente a la presentación de dicho recurso, el consorcio presentó ante el Tribunal de Arbitramento una solicitud de corrección del laudo arbitral la cual fue decidida el 31 de enero de 2018.

Aclaró que, para la fecha en que se presentó la tutela, se radicó un memorial de alcance al recurso de anulación ante el Consejo de Estado, solicitando continuar con el trámite del recurso o, alternativamente, si se considera que debía ser presentado con posterioridad a la decisión sobre la solicitud de corrección, entender cumplido el requisito de presentación y sustentación del recuso con ese nuevo escrito.

3. Sustento de la vulneración

La parte actora sostuvo que se vulneraron sus garantías constitucionales, pues a su juicio, con el laudo arbitral se desconocieron los supuestos de hecho y de derecho en que debía fundarse.

Aclaró que, de acuerdo con el estatuto arbitral, los laudos arbitrales internacionales cuya sede es Colombia, se considerarán laudos nacionales (Ley 1563 de 2012, artículo 111 numeral 3). Por ese motivo, pueden ser ejecutados sin la necesidad de un procedimiento de reconocimiento, pero también están sujetos a los recursos y las acciones del ordenamiento jurídico colombiano, como son el recurso de anulación, para los errores de procedimiento y la acción de tutela cuando se vulneran los derechos fundamentales.

Destacó que tanto en el arbitraje nacional como internacional el principio de voluntariedad es el fundamento de la competencia de los árbitros, pues estos son habilitados por las partes, por lo que ejercen transitoriamente la función de dirimir la controversia con efectos de cosa juzgada.

Aseguró que la jurisprudencia constitucional reconoce, de manera estable y

pacífica, la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, cuando estos vulneran los derechos fundamentales.

Alegó que la Corte Constitucional ha dejado sin efectos laudos arbitrales que distorsionan la voluntad de las partes de un contrato que consideran pretensiones que se encuentran prescritas, que realizan interpretaciones irrazonables y equivocadas de las pruebas y que dejan de aplicar las normas constitucionales relevantes para la controversia cuando una de las partes es una entidad estatal.

Indicó que el máximo órgano constitucional ha establecido que a los laudos arbitrales, por ser equivalentes materialmente a providencias judiciales, se les aplican *mutatis mutandi* las causales genéricas y específicas de procedibilidad enunciadas en la sentencia C-590 de 2005.

Enunció que en este caso se cumple con los requisitos adjetivos de procedencia, como la relevancia constitucional, la subsidiariedad, la inmediatez y tutela contra tutela.

Mencionó que si bien cabe el recurso de anulación contra el laudo arbitral bajo análisis, lo cierto es que el mismo es excepcional y restrictivo, y no es procedente para discutir los defectos sustantivos y fácticos que se plantean en esta acción de tutela.

Enfatizó que cuando los argumentos de la tutela y del recurso de anulación son distintos y los defectos planteados en la tutela no encuadran en las causales del recurso de anulación, es posible interponer ambos de manera simultánea, como en efecto sucede en este caso.

Afirmó que la posibilidad de interponer directamente la tutela contra el laudo arbitral también encuentra respaldo en el reciente Decreto 1983 de 2017 que reformó las reglas de reparto de tutela, en cual señala:

“artículo 2.2.3.1.2.1 Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforma a las siguientes reglas:

(...)

9. Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación”.

Indicó que, esta posibilidad que ya se ha aceptado respecto de laudos arbitrales nacionales, cobra mayor relevancia en el arbitraje internacional, pues el recurso de anulación previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 es restringido, pero lo es más, tratándose de arbitraje internacional, toda vez que las causales de anulación en el arbitraje nacional e internacional varían.

Sostuvo que el recurso de anulación para laudos internacionales contempla algunos pocos errores *in procedendo*, mucho menos que las causales previstas para los laudos nacionales y que estos errores se interpretan de manera taxativa y no extensiva en el caso de los laudos arbitrales internacionales.

Destacó que Gecelca 3 presentó el 12 de enero de 2018, un recurso de anulación contra el laudo arbitral en mención, alegando las siguientes causales: i) vencimiento del término de las actuaciones arbitrales y por consiguiente su pérdida de competencia sin que hubiese sido prorrogado por los árbitros estando facultados para hacerlo lo que impidió que se pudiera solicitar la corrección del laudo por parte de Gecelca 3; ii) desconocimiento del procedimiento acordado por las partes y iii) no haber elevado solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Estableció que dichas causales difieren de los defectos que se invocan en la presente tutela, que consisten en errores fácticos y sustantivos en que incurrió el laudo, como se exponen a continuación:

-Defecto sustantivo y desconocimiento del precedente: calificación del laudo como “internacional”.

Aseguró que la decisión del 8 de mayo de 2015, integrada por referencia al laudo arbitral atacado en el párrafo 38, el Tribunal impuso la internacionalización del procedimiento arbitral, en contra de la ley vigente al momento de pactarse la cláusula compromisoria y de un precedente constitucional claramente aplicable, con efectos adversos al debido proceso de Gecelca y Gecelca 3, al someter a estas entidades públicas a un arbitraje internacional, regido por procedimientos pactados por las partes en lugar de la ley colombiana, con menos garantías que las leyes nacionales, de manera contraria al artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que establece que “*tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por la referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso*”.

Comentó que el Tribunal fundó su decisión en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, la cual era clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, pues la cláusula compromisoria incluida en el contrato RP3 se suscribió bajo la vigencia de la Ley 315 de 1996, además, lo hizo desconociendo abiertamente una sentencia de constitucionalidad (sin precisar cuál) sobre la prohibición de aplicar

retroactivamente las normas legales que delimitan la interpretación del pacto arbitral, y apartándose de la interpretación fijada por la Corte Constitucional respecto de la aplicación en el tiempo del Estatuto Arbitral.

Señaló que las entidades estatales Gecelca y Gecelca 3 pusieron de presente al Tribunal que, de acuerdo con la Ley 315 de 1996, el arbitraje no se convierte en internacional por razón del domicilio de las partes, a menos que en la cláusula compromisoria se haya hecho mención expresa del arbitraje internacional, conforme al artículo 1 de la referida ley que establece que “*será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado (...)*”.

Anotó que dicha norma estuvo vigente hasta el 12 de octubre de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 que la derogó. La cláusula compromisoria fue suscrita el 22 de diciembre de 2010, por lo tanto las partes han debido pactar expresamente que el arbitraje era internacional si esa era su voluntad, pero no lo hicieron.

Sustentó que, en contraste con esta norma, la Ley 1563 de 2012 califica como internacional cualquier arbitraje en que se cumplan ciertas condiciones objetivas, como el domicilio de las partes, así la cláusula compromisoria no haya contemplado expresamente el consentimiento al arbitraje internacional. No obstante, dicha ley no estaba en vigor cuando se pactó la cláusula compromisoria.

Agregó que, adicionalmente, las entidades públicas demandadas argumentaron que, de acuerdo con la sentencia C-170 de 2014 de la Corte Constitucional, las normas de la Ley 1563 de 2012 que delimitan el consentimiento en el arbitraje solo son aplicables a contratos suscritos con posterioridad a su entrada en vigencia.

Sostuvo que el Tribunal Arbitral rechazó los argumentos de las entidades públicas demandadas, considerando que, al ser una norma procesal y no sustantiva, el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 es de aplicación inmediata, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Argumentó que dicha decisión constituye un claro desconocimiento del precedente constitucional, pues la Corte Constitucional ha establecido que sus sentencias son obligatorias, no solo respecto de las normas específicas que han sido declaradas exequibles o inexecutable, sino como precedente vinculante para los árbitros.

Indicó que el tribunal acusado consideró que esta norma tendría efecto inmediato, al tratarse de una norma procesal y no sustantiva. Sin embargo, no reparó en que esa norma no solo regula procedimientos aplicables, sino que delimita las manifestaciones de voluntad de las partes al habilitar a los árbitros para administrar justicia. La norma, por tanto, sí es una norma sustantiva que define derechos y obligaciones puesto que fija las condiciones para la renuncia a la justicia estatal y la definición de quién es el juez del contrato, por lo cual toca de manera directa con el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho al juez natural.

Arguyó que en cualquier caso no es una típica norma procesal, se trata de una norma que sirve de guía para la redacción de cláusulas compromisorias, por lo cual su aplicación retroactiva implica a su vez una modificación retroactiva del pacto arbitral. Dicha modificación es inadmisibles a la luz del artículo 116 de la Constitución, que solo autoriza a los árbitros a administrar justicia en los términos de la habilitación expresa de las partes.

Señaló que Gecelca 3 como entidad estatal, no podía válidamente consentir a un procedimiento arbitral, salvo que hubiera pactado expresamente un arbitraje internacional, en que las reglas procesales serían decididos por las partes del arbitraje, por ese motivo, en el contrato RP3, que Gecelca negoció y suscribió en 2010 en nombre de Gecelca 3, se consintió un arbitraje nacional y no uno internacional.

Insistió que en la sentencia C-170 de 2014 la Corte Constitucional consideró que las normas legales que delimitan las características del consentimiento del arbitraje y por lo tanto llenan de sentido al pacto arbitral, no pueden aplicarse a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la norma. En el caso de la Ley 1563 de 2012, consideró que esto era tan claro, que no era necesario consignarlo en la parte resolutive.

Anotó que la interpretación del tribunal tiene un efecto considerable para los pactos arbitrales que han suscrito las entidades públicas, si esta tesis del tribunal se sigue reiterando en otros tribunales de arbitraje, todas las cláusulas compromisorias de los contratos estatales donde el contratista o alguno de sus miembros es extranjero, podrán ser interpretadas retroactivamente como un consentimiento al arbitraje internacional.

Agregó que la caracterización del procedimiento como internacional, en este caso, tuvo además graves efectos sustantivos, al autocalificarse como internacional, el tribunal en este caso se consideró liberado del deber de aplicar los principios constitucionales que rigen las actuaciones de una entidad estatal y dio a Gecelca y Gecelca 3, entidades públicas que prestan un servicio público de carácter esencial y de utilidad pública, el tratamiento que se daría a cualquier otro agente del mercado, con la aplicación exclusiva de reglas y supuestos del derecho privado.

Sostuvo que la internacionalización del procedimiento, impuesta por el tribunal, impidió la aplicación del Código General del Proceso, que estableció la posibilidad de intervención por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, en todos los casos en que sean demandadas las entidades públicas, como lo son Gecelca y Gecelca 3 en este caso.

Aclaró que en todo caso, el reglamento de arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá establece como requisitos, para que sea aplicable el arbitraje internacional, que se pacte por escrito en la cláusula compromisoria.

Mencionó que el tribunal calificó unilateralmente el procedimiento como internacional a pesar de que las partes nunca acordaron aplicar el reglamento de arbitraje comercial internacional del centro, como lo exige dicho reglamento.

- Defecto fáctico: creación de un segundo periodo de ejecución contractual, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente.

Explicó que con el vencimiento del plazo del contrato inició el periodo de liquidación, tal como Gecelca 3 hizo constar en el acta No. 1 de liquidación y a partir del 25 de julio de 2014, y hasta el 5 de septiembre del mismo año, todas las actividades y relación entre las partes fueron bajo un contrato cuyo plazo de ejecución había expirado y como consecuencia se suspendieron las obras.

Sostuvo que el consorcio consideró que el plazo no había expirado bajo una interpretación particular e infundada de la cláusula 6, que en su criterio, implicaba una extensión automática del plazo por el descuento a los pagos realizados por concepto de las multas aplicadas por Gecelca 3, no obstante, este desacuerdo jurídico, las partes acordaron, en el acta No. 2 de liquidación, extender el plazo de liquidación mas no del plazo de ejecución y permitir al consorcio realizar las obras faltantes, con el fin exclusivo de recibir la planta en operación para cumplir con las obligaciones de energía firme de la entidad estatal, que debe honrar sus compromisos de generación de energía ante el sistema interconectado nacional en aras del interés general.

Agregó que Gecelca 3 en ningún momento manifestó la voluntad de extender el plazo de ejecución del contrato o de crear un nuevo periodo de ejecución, que tuviera el efecto de reconocer al consorcio el pago total del contrato incumplido. Al contrario: siempre dejó constancia en las actas de que el plazo de ejecución había expirado y que el contrato se encontraba en la etapa de liquidación.

Precisó que, no obstante lo anterior, en el laudo arbitral se afirma que *“Gecelca y el Consorcio acordaron, con base en la realidad de la evolución y ejecución del proyecto, que el plazo máximo de ejecución del contrato RP3 vencía el 17 de marzo de 2016. En otras palabras, el plazo máximo de ejecución del contrato RP3 fue finalmente de 1885 días contados a partir del acta de inicio de ejecución del contrato RP3”*.

Expresó que, con fundamento única y exclusivamente en dicha consideración y el supuesto acuerdo entre las partes, que nunca existió ni expresa ni tácitamente, se concluye en el laudo que la entidad estatal incumplió con el contrato y condenó a Gecelca 3 a pagar el saldo del contrato, intereses de mora y una indemnización por la interrupción de los trabajos entre el 25 de julio de 2014 y el 25 de septiembre de 2014.

Alegó que con esta determinación, el laudo arbitral, efectivamente se “inventa” un segundo periodo de ejecución contractual, no previsto en el contrato RP3 que se

habría iniciado 57 días después (5 de septiembre de 2014) del vencimiento del plazo de ejecución acordado expresamente por las partes (10 de julio de 2014). Lo hizo con fundamento exclusivo en una lectura selectiva de las actas 2 a 8 de liquidación, que fueron objeto de una valoración manifiestamente irrazonable.

Manifestó que, además, para llegar a esa conclusión, el tribunal, con excepción del árbitro que salvó su voto, omitió valorar los medios de prueba que indicaban inequívocamente la ausencia de voluntad de Gecelca 3 de extender el plazo máximo de ejecución o de crear un segundo periodo de ejecución y, además, sin motivar sus conclusiones fácticas. Adicionalmente cometió un defecto sustantivo al modificar la naturaleza del contrato RP3 que expresamente se pactó como contrato llave en mano, y por dejar de aplicar el artículo 209 de la Constitución, que habría prohibido a Gecelca 3 como entidad pública, celebrar el acuerdo que el tribunal le atribuyó.

Aseguró que al crear este segundo periodo de ejecución en el laudo arbitral, se condenó a Gecelca 3 a reconocer una indemnización por la interrupción de los trabajos entre el 25 de julio de 2014 y el 25 de septiembre de 2014, sin que el consorcio hubiera reclamado dicha indemnización de manera oportuna en las actas de liquidación, con lo cual se desconoce el precedente del Consejo de Estado que indica la necesidad de hacer las salvedades de manera oportuna en la etapa de liquidación.

Determinó que en el laudo se sostiene que las actas de liquidación son la prueba de un acuerdo de las partes para prorrogar el periodo de ejecución, interpretación abiertamente contraria a lo que las mismas partes expresaron en dichas actas en las que claramente modificaban el plazo de liquidación mas no el plazo de ejecución. Es decir, del desacuerdo de las partes sobre la liquidación del contrato, plasmado en las referidas actas, el laudo deduce la existencia de un acuerdo sobre la prórroga del plazo de ejecución del contrato sin que exista una sola manifestación de Gecelca 3 que exprese su voluntad de extender el plazo de ejecución del contrato. El consorcio tampoco sostuvo que la entidad estatal hubiera acordado extender dicho plazo.

Realizó un cuadro comparativo para demostrar que las apreciaciones hechas en las actas de liquidación, de cara a lo afirmado por el tribunal sobre el plazo de ejecución contractual, confirman que la entidad estatal nunca tuvo la voluntad de ampliar dicho plazo, por el contrario, siempre se indicó que el plazo había vencido en todas las actas de liquidación.

Sustentó que la apreciación probatoria del laudo es manifiestamente contraevidente e irracional, pues, las siete actas de liquidación no afirman extender el plazo de ejecución sino que expresamente afirman que la entidad contratante se niega a extenderlo.

Estableció que, además, el tribunal acusado no consideró otros medios de prueba que demostraban la ausencia de voluntad de Gecelca de extender el plazo máximo de ejecución, como lo era el acta de liquidación No. 1, suscrita el 15 de

julio de 2014.

Agregó que Gecelca 3 propuso firmar un otrosí 2 para extender el plazo máximo de ejecución hasta el 10 de febrero de 2015, el cual el consorcio, dentro de su autonomía, se negó a firmar. Gecelca, propuso la firma de un segundo otrosí desde mucho antes e incluso hasta el 9 de julio de 2014, un día antes del vencimiento del plazo de ejecución del contrato.

Indicó que, desde antes, el consorcio exigió la compensación de los valores derivados de la multa para suscribir el referido otrosí 2, como consta en la comunicación del 13 de mayo de 2014 y en el testimonio del representante del consorcio. De manera que, Gecelca 3 no accedió a esa condición, por lo cual no hubo acuerdo sobre una nueva prórroga del contrato. El segundo otrosí nunca se firmó y el plazo del contrato venció el 10 de julio de 2014 y Gecelca 3 así se lo comunicó al consorcio el 11 de julio de 2014.

Mencionó que adicionalmente se desconoció la cláusula 25 del contrato que señalaba que el mismo no podía ser modificado a menos que mediante un contrato adicional u otrosí al contrato se indicara claramente la aceptación de las mismas a la modificación.

Sostuvo que el laudo no tuvo en cuenta que, mientras transcurría aun el periodo de liquidación, el consorcio presentó una solicitud de arbitraje en la cual se mencionó *“el derecho que tiene el consorcio a que se le reconozca una extensión del plazo contractual”*.

Aseguró que, respecto de la supuesta extensión del plazo, además de incurrir en un defecto fáctico por una apreciación manifiestamente irrazonable de las actas 2 a 8 de liquidación y por omitir absolutamente varios elementos probatorios, existe una falta de motivación, debido a que la supuesta extensión del plazo se despachó de manera insuficiente, bajo conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno.

Afirmó que la falta de motivación es una causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Señaló que legalmente resulta imposible establecer una prórroga automática en un contrato estatal con un plazo de ejecución vencido, pues ello constituye una antinomia.

Precisó que igualmente se incurre en un defecto sustantivo al modificar la naturaleza del contrato en la etapa de liquidación calificada como un segundo periodo de ejecución.

Expuso que, el contrato llave en mano, como sucedía en este caso, implica que,

entre la entidad contratante y el contratista se pacta, además del precio fijo o global, un plazo global para la entrega de la obra completa, cuyo incumplimiento implica necesariamente el incumplimiento del objeto contractual.

Describió que el contrato RP3 se pactó un precio fijo global, por lo cual el contratista debía correr con todos los riesgos de sobrecostos e imprevistos de la obra. En segundo lugar, se pactó también un plazo máximo de ejecución, luego del cual el contratista debe entregar la obra encargada, con lo cual se entiende que su obligación es de resultado.

Indicó que este contrato contempló un solo periodo de ejecución, que va desde el día 0 hasta el día 1000, extendido única y exclusivamente por el otrosí 1 hasta el día 1254. En esas condiciones, bastaba verificar el incumplimiento por parte del consorcio, que se cumplió la fecha del 10 de julio de 2014, sin que hubiera una planta operacional.

Argumentó que el Tribunal trasladó a la entidad estatal gran parte de los riesgos inicialmente distribuidos, desconociendo que dicha distribución de riesgos se hace en aras de salvaguardar el patrimonio público, de satisfacer el interés general y de evitar cuestionamientos como el del presente caso, en los cuales el contratista logró beneficiarse de su propia culpa.

Manifestó que también se configuró un defecto sustantivo por inaplicación de la Constitución al deducir una voluntad implícita de la entidad pública, lo que contraría los principios de publicidad, moralidad y transparencia.

Afirmó que Gecelca 3 actuó conforme a los principios constitucionales, impuso la multa a que había lugar por los retrasos del consorcio ciñéndose al procedimiento acordado por las partes en el contrato RP3, extendió el plazo mediante el otrosí No. 1 para lograr la recepción en operación de la planta, pero, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre un borrador de un segundo otrosí, y ante el incumplimiento del plazo por parte del consorcio, se vio obligada a iniciar el periodo de liquidación en aras del interés general de la prestación del servicio público esencial de energía y para salvaguardar el patrimonio público.

Señaló que durante este periodo, recibió las obras faltantes que fueron realizadas por el consorcio, sin que en ningún documento se hubiera pactado que esto implicaba una extensión del plazo máximo de ejecución o un reconocimiento de un saldo del contrato por pagar. La entidad estatal dejó constancia reiterada y clara de que el plazo de ejecución había vencido y de su rechazo a la tesis del consorcio, siempre haciendo evidente el desacuerdo.

Aclaró que, aun cuando al contrato RP3 no se le aplica la Ley 80 de 1993, Gecelca y Gecelca 3 se encontraban vinculadas por los principios constitucionales de la función administrativa y de la contratación estatal, uno de los cuales es el principio de transparencia.

Acotó que la actuación de Gecelca 3, si bien puede parecer extraña desde la perspectiva de los negocios privados, era la salida que tenía la entidad estatal para asegurar la entrada en funcionamiento de la planta de generación de energía, y así lograr el cometido del Estado colombiano de aumentar la capacidad de generación, y al mismo tiempo dejar a salvo la posibilidad de reclamar al consorcio por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, dando así prevalencia al interés general y protegiendo el patrimonio público de los colombianos.

Indicó que esa actuación, consistente en autorizar la realización de obras durante el periodo de liquidación, es interpretada en el laudo como un acuerdo de extensión del plazo máximo de ejecución. Tal decisión, que el tribunal dedujo de la conducta de la entidad, tuvo la consecuencia de premiar al consorcio con el reconocimiento del monto completo del precio pactado, a pesar de sus reiterados y graves retrasos en las obras, especialmente a pesar de haber incumplido los plazos acordados, en vez de imponer las sanciones correspondientes precisamente a esos incumplimientos, lo cual desconoce los principios de publicidad y transparencia.

- Defectos fácticos y sustantivos al invalidar la multa impuesta al consorcio.

Expuso que ello es así, por cuanto que, desde el año 2013 se reportaron retrasos en la obra por parte del consorcio, los cuales la interventoría informó formalmente a Gecelca mediante comunicación del 12 de abril de 2013, en la cual indicó varias actividades que según el plan de trabajos PDT acordado entre el consorcio y Gecelca 3, presentaban retrasos significativos. En efecto, el consorcio solo había ejecutado el 75.97% para el momento. Además, ese retraso significativo, no había iniciado actividades críticas como el sellamiento de la caldera.

Puntualizó que estos retrasos, previsiblemente, podrían afectar el cumplimiento del plazo máximo de ejecución del contrato y de hecho lo afectaron, tanto así que fue necesario extender el plazo mediante el otrosí No. 1 y no obstante ello, igual se incumplió el término por el consorcio.

Aclaró que cumpliendo todos los requisitos procedimentales y sustantivos de la cláusula 15, Gecelca en nombre de Gecelca 3, luego de verificar que el procedimiento de imposición de multas se originó en unos atrasos del consorcio debidamente verificados por la interventoría y que el consorcio no había presentado un plan de mejoramiento adecuado en los términos establecidos en el contrato y verificados por la interventoría, impuso la multa al consorcio calificando los hitos incumplidos como importantes para la puesta en operación comercial de la unidad, en la fecha pactada, razón por la cual impuso el monto máximo permitido por la cláusula 15.1.

Consideró que, el laudo arbitral en lugar de interpretar y aplicar la cláusula respectiva, inició modificándola para ajustarla a su propia concepción de lo que debe ser un contrato llave en mano.

Señaló que, además de contradecir su determinación sobre el cumplimiento del consorcio en el periodo de liquidación, que calificó hito por hito y no según el hito principal del contrato, el laudo “inventó” sin sustento normativo alguno, una exigencia probatoria particularmente elevada para la imposición de una multa.

Sustentó que el laudo acusado, al discurrir que un contrato EPC es incompatible por su naturaleza, con una previsión de hitos parciales para la entrega de obras, establece una presunción de responsabilidad global que debía ser desvirtuada y cuyo acuerdo en contrario, obtención oportuna de hitos parciales, debía ser probada expresamente. Dicha presunción no es propia de la naturaleza del contrato y va en contra del acuerdo de las partes.

Sostuvo que, al poner en duda la posibilidad de imponer multas por incumplimientos parciales, el laudo arbitral neutralizó la cláusula 15.1 privándola de cualquier efecto útil a pesar de que ésta fue válidamente negociada y acordada por las partes, tal y como el propio tribunal lo reconoció.

Destacó que el laudo reprochó a Gecelca la imposición de la multa por haber omitido un “*análisis de ruta crítica, el cual, según los expertos de las demandadas, implica analizar las actividades que pueden afectar el avance en la construcción y puesta en marcha de la caldera*”. Agregó que “*ni la interventoría ni Gecelca identificaron cuáles de las actividades que presentaban retrasos (...) eran parte de la ruta crítica*”.

Anotó que en el contrato no aparece nombrado el concepto de ruta crítica y la cláusula 15.1 no exigió realizar un análisis de ruta crítica. Dicho concepto no hace parte del contrato RP3. Aparece en el dictamen pericial rendido por FTI Consulting, empresa contratada para esos efectos por el consorcio, que carece de fuerza jurídica para agregar requisitos no contemplados en la cláusula 15.1.

Apuntó que, al realizar este análisis sin que fuera requerido en la mencionada cláusula, el tribunal creó una norma inaplicable al caso, con lo cual incurrió igualmente en un defecto sustantivo, si se tiene en cuenta, además, que en el laudo se indicó que la imposición de la multa no fue suficientemente sopesada de parte de la entidad y la interventoría, lo que considera, comporta una valoración subjetiva.

Estableció que, asimismo, el laudo afirmó que la multa era desproporcionada, pero no señaló por qué razones era carente de proporcionalidad.

Narró que el tribunal consideró determinante para invalidar la multa impuesta, el hecho de que la actividad “*Boiler: Sealing Components*” no fue considerada por la interventoría ni por Gecelca al momento de imponer la multa.

Alegó que esta actividad, de suma importancia, sí fue considerada como ítem 1.4.1.7 del anexo B de la comunicación de la interventoría. El tribunal erradamente, dijo que la actividad no había sido considerada y cayó en ese error porque el dictamen pericial de FTI Consulting presentó de manera parcial las actividades que consideró la interventoría como incumplimientos parciales, recortando y excluyendo así la parte sobre la caldera.

Aseguró que el apoderado de Gecelca 3 puso en conocimiento del tribunal dicha presentación parcial de la información, pero el laudo final nada dijo al respecto, con lo cual omitió absolutamente valorar uno de los medios de prueba determinantes.

-Defectos sustantivos sobre el pago de la condena y los intereses

Determinó que también se incurrió en un defecto sustantivo en el laudo, debido a que se aplicó una norma sobre intereses que no venía al caso, tratándose de obligaciones pagaderas en divisas.

Manifestó que en el mismo defecto se incurrió por parte del Tribunal al inaplicar el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, sobre el lapso para pagar las condenas impuestas a las entidades que está previsto en 10 meses, pues en el laudo se conminó al pago de dicha suma, dentro de los 30 días siguientes.

Alegó que igualmente el laudo acusado carece de motivación en tanto que se rechazó sin motivación 75 de las 77 pretensiones presentadas por Gecelca 3 en su demanda de reconvención.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante memorial presentado en la Secretaría General de esta Corporación, el 15 de marzo de 2018, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, coadyuvó la medida provisional presentada por las entidades demandantes, tendiente a suspender los efectos de la decisión arbitral, de cara a la condena exorbitante que impuso el Tribunal de Arbitramento a las entidades accionantes, pues, en su criterio, se desconoció el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante auto del 23 de marzo de 2018 se admitió la solicitud de tutela, se negó la medida provisional requerida así como la coadyuvancia de la misma por parte de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y se ordenó notificar a los árbitros que emitieron el laudo acusado, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y al consorcio CUC-DTC China United Engineering Corporation Dongfang Turbine Co. Ltd. Como terceros interesados en el resultado del proceso (ff. 175 a 178 cuaderno principal número 1)

Igualmente se ordenó publicar en la página web del Consejo de Estado el auto admisorio de la tutela para el conocimiento de todos los terceros interesados.

Finalmente, entre otros asuntos, se solicitó en calidad de préstamo el expediente correspondiente al proceso arbitral surtido en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

5. Argumentos de defensa

5.1 Tribunal de Arbitramento – Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Los árbitros¹ que profirieron la decisión acusada, contestaron la acción de tutela mediante correo electrónico del 22 de abril de 2018, en los siguientes términos:

Aclararon que el Tribunal Arbitral que dictó el laudo en el caso de la referencia ha cesado en sus funciones, luego de haber dictado su decisión sobre la solicitud de corrección del laudo del 31 de enero de 2018. Así lo disponen la ley y el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá aplicables.

Comentaron que no les corresponde, en consecuencia, comparecer, tanto en cuanto tribunal arbitral ante el Consejo de Estado para pronunciarse como parte demandada de la tutela interpuesta.

Destacaron que, por lo anterior, el escrito lo remitían a título estrictamente personal y como mandan las buenas costumbres, por deferencia con esta Corporación.

Consideraron que se deben limitar a afirmar que el laudo parcial sobre el carácter internacional del arbitraje del 8 de mayo de 2015 que, aunque dictado por los Dres. Juan Carlos Esguerra, Eduardo Silva Romero y Hernando Sánchez Sánchez, forma parte integral del laudo, y el laudo del 4 de diciembre de 2017 comprenden exposiciones detalladas y suficientes de los motivos por los cuales se tomaron las decisiones contenidas en dichos laudos y que, por consiguiente, no hay nada más que adicionar.

Señalaron que, del mismo modo, como menciona el laudo, respecto de las decisiones allí contenidas, un salvamento de voto parcial fue presentado por el Dr. José Armando Bonivento Jiménez. Este versa sobre las cuestiones jurídicas allí mencionadas.

¹ Eduardo Silva Romero, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, José Armando Bonivento Jiménez.

5.2 Consorcio CUC – DTC China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd.

Mediante apoderada, el tercero con interés en el resultado del proceso, contestó la tutela en los siguientes términos:

Anotó que el trámite arbitral en el que se profirió el laudo, que aquí se ataca, fue iniciado por el consorcio para que Gecelca cumpliera con sus obligaciones contenidas en el contrato RP3 y pagara el precio de la planta de energía que el contratista construyó y por la cual Gecelca ha recibido cuantiosos ingresos.

Comentó que el laudo, como es apenas justo, reconoce que el consorcio tiene derecho a que Gecelca 3 les pague el precio que pactaron en el contrato RP3 por la construcción de la planta. El laudo no contiene, como equivocadamente pretenden presentarlo las accionantes, una condena injusta, desproporcionada o exagerada en contra de las aquí accionantes. Todo lo contrario, el laudo imparte justicia al ordenarle a Gecelca 3 pagar el precio previamente pactado en el contrato RP3 por la construcción de una planta de generación eléctrica que las contratistas efectivamente construyeron, por encargo de Gecelca y de la cual Gecelca se ha beneficiado.

Alegó que la acción de tutela no es otra cosa que un intento por abrir el debate de fondo del asunto y las cuestiones jurídicas que ya fueron ampliamente discutidas en el trámite arbitral. Las controversias y las cuestiones jurídicas a las que se refiere Gecelca en la acción de tutela y que ahora pretende revivir, ya fueron resueltas por el Tribunal Arbitral.

Manifestó que resulta inaceptable que las accionantes sigan insistiendo en no pagar el precio contractualmente pactado por la planta que recibieron y de la cual se han lucrado.

Agregó que no pueden pretender las demandantes que se estudien nuevamente cuestiones bajo la lupa de nuevos argumentos que nunca fueron alegados por Gecelca en el trámite arbitral.

Argumentó que Colombia ha demostrado ser un país que incentiva la inversión extranjera, para lo cual debe garantizar la seguridad jurídica y constituirse en una sede de arbitraje confiable. Todos estos valores se verían comprometidos si a través de una acción de tutela se deja sin efecto el laudo dictado en un arbitraje internacional, luego de haberse llevado a cabo un trámite de las características ya anotadas y sin que antes se haya tramitado el recurso de anulación.

Sostuvo que, no puede explicarse que por vía de tutela se pueda dejar sin efectos un laudo dictado en un arbitraje internacional, cuando en el estatuto de arbitraje colombiano se señala expresamente que el único recurso judicial que procede

contra los laudos dictados en los arbitrajes internacionales con sede en Colombia, es el recurso de anulación, ningún otro.

Alegó que, si se llegara a desconocer lo expresamente estipulado en la ley de arbitraje y se permitiera la procedencia de la acción de tutela en el marco del arbitraje internacional, qué seguridad jurídica habría entonces para las partes que deciden resolver sus controversias mediante un arbitraje internacional con sede en Colombia.

Enfatizó que la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales dictados en un trámite de arbitraje internacional por disposición de la Ley 1563 de 2012, artículo 107, que establece de manera expresa que el único recurso judicial que procede contra un laudo arbitral es el recurso de anulación.

Sustentó que el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 dispone que en el arbitraje internacional no puede intervenir ninguna autoridad, salvo en los casos y para los propósitos expresamente dispuestos en la Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012.

Mencionó que lo anterior implica que, por expresa disposición legal, contra un laudo proferido en el trámite de un arbitraje internacional con sede en Colombia, no procede el recurso de apelación, ni el recurso de revisión ni el de casación, ni el recurso subsidiario, residual y excepcional de la acción de tutela.

Precisó que la prohibición legal expresa de no permitir que se interponga una acción judicial diferente al recurso de anulación en contra de los laudos arbitrales dictados en un trámite de arbitraje internacional con sede en Colombia, es una protección legislativa del derecho que tienen las partes de apartarse de la jurisdicción para acudir al arbitraje y que sus controversias sean resueltas de manera definitiva y final por un tribunal arbitral.

Sustentó que el recurso de anulación es el recurso judicial previsto por el legislador para que las partes aleguen las eventuales violaciones al debido proceso que puedan presentarse en un trámite de arbitraje internacional. Por ello, dentro de las causales de anulación de un laudo dictado en un arbitraje internacional, se encuentran, por ejemplo: i) que el acuerdo de arbitraje no sea válido ii) que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o que no haya podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, iii) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, iv) que el laudo verse sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje v) que según la ley colombiana, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o vi) que el laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

Sostuvo que, en tanto que el recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos por un tribunal arbitral con sede en Colombia garantiza la protección de los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ese es el recurso que tenían disponible las aquí accionantes para elevar reparos de entidad constitucional y no la acción de tutela, no solo porque así lo dispone la Ley 1563 de 2012 sino porque así se articula debidamente el sistema de arbitraje internacional con sede en Colombia en el respectivo marco constitucional.

Aclaró que cuando el artículo 111 dice que los laudos proferidos en un arbitraje internacional con sede en Colombia, se consideran laudos nacionales, lo hace única y exclusivamente de cara al reconocimiento y ejecución de laudos, de tal manera que los laudos proferidos en esas circunstancias no requieran adelantar trámite alguno de reconocimiento y se puedan ejecutar sin más cuando se profieran.

Señaló que en caso de que una acción de tutela se inicie de manera paralela a los mecanismos judiciales disponibles o, en todo caso, sin haber agotado los mecanismos judiciales para la defensa de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, la misma no podrá ser tramitada por el juez de tutela por ausencia del cumplimiento del requisito de la subsidiariedad.

Insistió en que el recurso de anulación es el mecanismo judicial previsto por la ley y el único con el que contaban Gecelca 3 y Gecelca S.A. si pretendían restarle efectos al laudo.

Alegó que, además, tal y como lo indican las accionantes, no se ha tramitado ni resuelto el recurso de anulación que dicen fue interpuesto por Gecelca 3 contra el laudo y, en todo caso, Gecelca S.A. ni siquiera interpuso recurso de anulación en tiempo contra dicha decisión. Mientras dicho recurso de anulación no sea resuelto, no se habría cumplido con el requisito de subsidiariedad respecto de Gecelca 3, tampoco se habría cumplido respecto de Gecelca S.A. por cuanto simplemente no interpuso el recurso de anulación contra el laudo y ya precluyó la oportunidad para ello.

Agregó que Gecelca 3 decidió no recurrir en anulación la decisión – en su opinión equivocada- del tribunal arbitral relativa a la aplicación del procedimiento que prevé la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje internacional al trámite arbitral, con lo cual cerró de manera definitiva la posibilidad de alegar dicha situación en un trámite de tutela, por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Resaltó que si bien la Corte Constitucional ha permitido en algunas circunstancias la interposición de acciones de tutela sin haberse agotado previamente los mecanismos de defensa judicial disponibles para el accionante, esta posibilidad está supeditada a que los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, circunstancia que no ha sido demostrada en el presente caso.

Afirmó que en todo caso, la tutela tampoco cumple con el requisito de inmediatez por cuanto, si bien es cierto que el laudo acusado se notificó el 4 de diciembre de 2017, el laudo parcial que es el que contiene la decisión acerca de la naturaleza internacional del arbitraje que determinó que en el trámite arbitral se aplicara el procedimiento internacional, fue proferido el 8 de mayo de 2015.

Expuso que en el arbitraje internacional es común que las partes puedan considerar conveniente bifurcar el procedimiento de modo que algunas cuestiones queden resueltas de manera definitiva en una etapa inicial del proceso.

Explicó que en este caso las partes estuvieron de acuerdo en que el tribunal de arbitramento expidiera la decisión inicial aun cuando definitiva, relativa a la naturaleza doméstica o internacional del arbitraje. Tal y como explica la Corte Suprema de Justicia los laudos parciales “*son definitivos para las cuestiones o asuntos que solucionan*”.

Estableció que el laudo parcial que decidió de manera definitiva la naturaleza internacional del arbitraje fue expedido en mayo de 2015 y la presente tutela fue interpuesta el 28 de febrero de 2018. Por lo anterior, la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez por haber sido presentada casi 3 años después de proferido el laudo parcial que resolvió la naturaleza internacional del arbitraje.

Aseguró que este caso carece igualmente de relevancia constitucional en tanto que solo reviste de aspectos de derecho comercial, civil y administrativo que de ninguna manera presentan cuestiones que tengan una clara y marcada importancia constitucional.

Argumentó que frente a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, los defectos fáctico y sustantivo alegados no se presentaban.

Destacó que la interpretación que hizo el tribunal arbitral de la Ley 1563 de 2012 fue razonable, pues la norma era clara y evidentemente aplicable al caso concreto ni tampoco se desconoció precedente constitucional alguno.

Determinó que lo dispuesto en la sentencia C-170 de 2014, difiere del análisis fáctico que invocan las accionantes en este caso, con efectos en esferas de aplicación muy distintas al caso bajo estudio.

Sostuvo que el procedimiento para el arbitraje internacional en este caso no es violatorio del debido proceso de las accionantes por el solo hecho de ser diferente del procedimiento previsto para el arbitraje nacional.

Comentó que el Tribunal Arbitral analizó los planteamientos formulados por Gecelca en relación con la naturaleza del arbitraje, incluyendo: el acuerdo de arbitraje contenido en el contrato, la Ley 1563 de 2012, la Ley 315 de 1996 y la sentencia C-170 de 19 de marzo de 2014. La sola lectura del laudo parcial evidencia lo anterior.

Precisó que, en efecto, el laudo parcial del Tribunal Arbitral analizó la Ley 1563 de 2012 y señaló que de acuerdo con su artículo 119, esa era la ley aplicable a los procesos arbitrales que iniciarían con posterioridad a su entrada en vigencia.

Acusó que el hecho de que las accionantes utilicen argumentos nuevos, que se repiten hasta la saciedad en el escrito de tutela, y que no fueron utilizados por las accionantes en el trámite arbitral al discutir la cuestión sobre la internacionalidad del arbitraje, así como el hecho de que las accionantes ahora pretendan interpretar de manera diferente las cuestiones jurídicas que se decidieron en el arbitraje, no implica que la interpretación que hizo el Tribunal en el laudo parcial, haya si caprichosa, irracional, contraevidente ni completamente inaplicable.

Argumentó que, en la demanda de tutela se afirma que la interpretación del Tribunal Arbitral tiene el efecto de sujetar a una entidad estatal a un procedimiento arbitral convenido por las partes, lo cual se encuentra supuestamente “prohibido por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia”; sin embargo, acto seguido en el propio escrito de tutela Gecelca acepta que en el escenario del arbitraje internacional, la entidad sí estaba facultada para acordar las reglas de procedimiento.

Afirmó que en todo caso, el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 no contiene la prohibición expresa que Gecelca alega y de cualquier manera este artículo fue derogado por la Ley 315 de 1996 en lo relativo a los arbitrajes internacionales y no era aplicable al trámite arbitral en cuestión.

Resaltó que no se configuraron defectos fácticos ni defectos sustantivos ni existe una decisión sin motivación o un desconocimiento del precedente por la supuesta creación de un segundo periodo de ejecución contractual.

Enfatizó que a través de la acción de tutela las accionantes no pueden pretender volver a debatir los efectos jurídicos y la interpretación que debe dárseles a las actas 2 a 8 de liquidación, pues este mecanismo no es un recurso de apelación que dé lugar a una segunda instancia. A través de ella no pueden ventilarse nuevamente los asuntos que ya fueron decididos con el pretexto de unos supuestos defectos fácticos y sustantivos que no son otra cosa que discrepancias de las accionantes con una interpretación realizada por el Tribunal Arbitral que no les favorece.

Alegó que el simple desacuerdo de las demandantes con la valoración que el Tribunal Arbitral realizó de las diferentes pruebas que obran en el expediente, no

significa no mucho menos demuestra que el tribunal haya realizado una apreciación de las pruebas caprichosas o carente de razonabilidad.

Indicó que la decisión de declarar improcedente la multa por Gecelca al consorcio, estuvo basada en el análisis e interpretación del contrato RP3, en los documentos contemporáneos de la época del proyecto, en los dictámenes periciales aportados por las partes y en las pruebas relevantes practicadas durante el trámite arbitral.

Determinó que el contrato en su cláusula 15.1.1., admitía la posibilidad de que Gecelca 3 impusiera multas al consorcio cuando se estuviera ante un incumplimiento parcial que afectara la correcta ejecución del contrato. De esa redacción se deduce inmediatamente que la misma no contiene una definición unívoca de lo que se entiende, por ejemplo, por incumplimiento parcial o por correcta ejecución del contrato. En otras palabras, con el fin de establecer si la multa que Gecelca 3 impuso al consorcio estuvo bien o mal impuesta, de entrada se concluye que el Tribunal Arbitral debía interpretar el contrato.

Explicó que teniendo en cuenta las particularidades de un contrato como el contrato RP3, en el que la finalidad es culminar un proyecto global de gran envergadura, el estándar de prueba para evidenciar que un incumplimiento en el cronograma de obra es constitutivo de una causal para la imposición de una multa, debe estar precedido de cierto análisis material. El tribunal decidió que el instrumento para hacer este análisis era la ruta crítica de las obras, toda vez que los peritos de ambas partes coincidían en que la correcta ejecución del contrato estaba directamente relacionada con la ruta crítica. Esta conclusión, al margen de que Gecelca 3 la comparta o no, no es irracional ni caprichosa, sino, por el contrato, lógica, razonada, ajustada al espíritu del contrato RP3.

Alegó que, respecto al supuesto defecto sustantivo por las discrepancias que tienen las accionantes con la fecha desde la cual debían haberse calculado los intereses de mora por el Tribunal Arbitral, la tasa a la que debían calcularse y la aplicación o no del artículo 884 del Código de Comercio, no constituye tal defecto, sino que se trata de un desacuerdo interpretativo que no son de la suficiente magnitud como para configurar una "vía de hecho".

Manifestó que, el hecho de que el artículo 192 del CPACA prevea un plazo máximo para el pago de las condenas impuestas a las entidades públicas, no se opone en lo absoluto a que el Tribunal Arbitral establezca el momento a partir del cual se hace exigible la condena impuesta. El laudo quedó ejecutoriado una vez se notificó a las partes y, según el artículo en comento, ello significaría que los interés moratorios sobre el valor correspondiente a la condena se empezaron a causar desde esa fecha de notificación del laudo a las partes, cuando el mismo quedó ejecutoriado. Sin embargo, con el plazo de 30 días dispuesto por el Tribunal Arbitral para el pago, los intereses moratorios sobre la condena solo empezaron a causarse 30 días después de la ejecutoria del laudo. Es decir, que lo dispuesto por el Tribunal Arbitral, lejos de afectar los derechos constitucionales de Gecelca, favoreció la posición de las aquí accionantes.

Concluyó que, algunas de las pretensiones de Gecelca 3 no hayan tenido un tratamiento individualizado, de ninguna manera deriva en una decisión sin motivación, pues las pretensiones del consorcio y de la entidad estaban íntimamente relacionadas e interconectadas y que el éxito de sus pretensiones, dependía en gran medida en que Gecelca 3 demostrara que el consorcio incumplió sus obligaciones bajo el contrato RP3 y que dicho incumplimiento le causó un perjuicio; sin embargo, como no lo acreditó, la consecuencia lógica era que se rechazara la mayoría de las pretensiones formuladas.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante sentencia del 26 de julio de 2018, declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, por no cumplirse con el presupuesto de la relevancia constitucional.

Como fundamento de dicha decisión, expresó en resumen lo siguiente:

Sostuvo que del escrito de tutela se advierte que las demandantes expusieron las razones por las cuales consideran que el asunto en cuestión tiene relevancia constitucional. Sin embargo, ese solo hecho no es suficiente, pues no se cumple con el segundo presupuesto sobre este requisito, esto es, que no se pretenda reabrir el debate jurídico que se surtió en el trámite arbitral.

Estableció que lo anterior se evidencia en tanto que los argumentos de la parte actora se encaminan a i) controvertir la competencia del tribunal para resolver el arbitraje internacional y ii) lo relativo al cumplimiento o incumplimiento contractual.

Comentó que estos argumentos denotan, simplemente, la intención de continuar con el debate jurídico acerca de la controversia suscitada a raíz del contrato de obra RP3 del 22 de diciembre de 2010, aspecto que fue abordado y decidido, precisamente, por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Destacó que el Tribunal de Arbitramento resolvió sobre la solicitud del consorcio de que se sometieran a arbitraje internacional las controversias suscitadas con Gecelca y Gecelca 3, en el laudo parcial del 8 de mayo de 2015, en el sentido de indicar que, al cumplirse con los requisitos formales, entre ellos, que las partes tengan domicilio contractual en diferentes países, era procedente imprimirle un trámite internacional al arbitraje.

Sostuvo que, respecto de los argumentos relativos a que el Tribunal no podía ser de naturaleza internacional se advierte que dicha naturaleza (competencia) fue definida en el referido laudo parcial del 8 de mayo de 2015, por lo cual no se cumple el requisito de inmediatez, pues la tutela se interpuso el 28 de febrero de 2018, por lo que se supera ampliamente el término de 6 meses, fijado por esta

Sección, por regla general, para el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Sustentó que, en cuanto al laudo final definitivo del 4 de diciembre de 2017, el tribunal resolvió sobre el incumplimiento del contrato que el consorcio le atribuyó a Gecelca 3, especialmente sobre las modificaciones de los plazos de ejecución y de liquidación, sin que en este caso se pueda advertir una relevancia constitucional, en tanto que la parte demandante busca continuar con el debate jurídico que analizaron y definieron los jueces naturales.

7. La Impugnación

La parte actora, inconforme con la decisión, la impugnó. Como fundamento de dicho recurso expresó lo siguiente:

Aclaró que la acción de tutela fue interpuesta contra el laudo final del 4 de diciembre de 2017, el cual incorporó de manera expresa el laudo parcial del 8 de mayo de 2015.

Destacó que la tutela no fue dirigida contra el laudo parcial, sino contra el laudo final. El fallo impugnado pasa por alto este aspecto que no es solo formal sino que tiene implicaciones materiales.

Sostuvo que la Sección Cuarta consideró que no podía examinar los defectos constitucionales del laudo parcial, el cual declaró la naturaleza internacional del arbitraje, en contra de la ley, de la voluntad de las partes y de la *ratio decidendi* de la sentencia C-170 de 2014 de la Corte Constitucional, por haber sido proferido más de seis meses antes de la presentación de la tutela.

Aseguró que la tutela cumple con el requisito de inmediatez, porque el término de interposición de la acción debe contarse a partir de la última actuación del proceso en curso, es decir, del laudo final.

Arguyó que lo anterior se debe a que, solo desde que terminó el proceso arbitral, con la notificación del laudo final, se hizo posible presentar la acción de tutela. De haber sido intentada con anterioridad, y exclusivamente contra el laudo parcial, mientras el proceso arbitral estaba en curso, la tutela había tenido que ser negada por ausencia de subsidiariedad. Además, el laudo final de manera expresa incorporó las consideraciones y decisiones del laudo parcial.

Acotó que el lapso de inmediatez no debe contarse desde que se produce la irregularidad sino desde que se produce la última decisión dentro del proceso, susceptible de corregir dicha irregularidad. En este caso, se trata del laudo final del 4 de diciembre de 2017, que fue objeto de acción de tutela en menos de tres meses desde la ejecutoria de la decisión.

Alegó que en este caso, además, si bien el laudo parcial fue proferido el 8 de mayo de 2015, sus efectos materiales se proyectaron a lo largo del procedimiento y se reflejaron directamente en el laudo final. Como se indicó en el escrito de tutela, la calificación del arbitraje como internacional no agotó sus efectos en el laudo parcial, sino que implicó modificaciones importantes a todo el procedimiento. Gecelca y Gecelca 3, que son entidades públicas, fueron forzadas a pactar reglas de procedimiento en lugar de sujetarse a las leyes imperativas vigentes, lo cual desconoce la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Explicó que dicha calificación también recortó las posibilidades de defensa de las entidades públicas de manera posterior al laudo final, pues las causales del recurso de anulación son más reducidas y de interpretación restringida que en los laudos nacionales y el laudo no es suspendido con la presentación del recurso de anulación con lo cual los gravosos efectos sobre el patrimonio público se mantienen y por ello se hace inminente su protección.

Insistió que, si las consideraciones y decisiones hacen parte del laudo final, si dicho laudo se profirió el 4 de diciembre de 2017, si a lo largo del proceso arbitral se surtieron los efectos de la internacionalización del arbitraje y en razón de dicha internacionalización las posibilidades de defensa de las entidades públicas se vieron restringidas al conocerse el contenido del laudo final, la tutela no puede ser negada por ausencia de inmediatez.

Argumentó que la consideración según la cual la tutela carece de relevancia constitucional, no es precisa, pues no hay claridad en la motivación de esa decisión.

Estableció que las accionantes no pretenden continuar con el proceso arbitral ni reconsiderar argumentos planteados en el mismo. Tampoco han formulado pretensiones atinentes al incumplimiento del contrato.

Destacó que lo que las entidades públicas buscan es que el juez constitucional examine los defectos constitucionales de la decisión arbitral y proteja de manera efectiva los derechos fundamentales por la actuación del Tribunal Arbitral.

Acusó que la relevancia constitucional no puede ser descartada por el simple hecho de que los defectos constitucionales se refieran al procedimiento arbitral o al contenido del laudo final, pues de lo contrario, no procedería la tutela contra ninguna providencia judicial ni arbitral y esto desconocería la Constitución, la Ley y el precedente de la doctrina constitucional de la Corte.

Mencionó que para determinar la relevancia constitucional es necesario partir de los defectos específicos planteados, para analizar la relevancia de cada uno de ellos y, posteriormente, revisar si la tutela globalmente tiene relevancia

constitucional, en atención a las consideraciones del laudo final sobre el patrimonio público.

Manifestó que la tutela plantea cuatro grupos de defectos. En primer lugar se refiere a la calificación del laudo como “internacional” y los efectos posteriores de dicha calificación, con lo cual se cometió un defecto sustantivo y un desconocimiento del precedente. El defecto sustantivo en este caso consiste en el desconocimiento del principio constitucional de voluntariedad del arbitraje, la aplicación de una norma evidentemente inaplicable (art. 62 de la Ley 1563 de 2012) y el claro desconocimiento de una norma que era la determinante (Ley 315 de 1996) que genera una afectación *iusfundamental*. El desconocimiento del precedente constitucional en este caso, se refleja en la inaplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia C-170 de 2014, que estableció la aplicación en el tiempo del nuevo estatuto arbitral.

Anotó que, en segundo lugar, la tutela presenta los defectos constitucionales relacionados con la creación – por parte del Tribunal Arbitral- de un segundo periodo de ejecución del contrato RP3 partiendo de un hecho que no corresponde y es contrario a la realidad fáctica del contenido de las actas de liquidación parcial suscritas por las partes y a la manifestación de voluntad expresada por las mismas en dichas actas y el contrato.

Expuso que al crear este segundo periodo de ejecución contractual cuando la etapa de liquidación del contrato ya se había iniciado, el laudo final incurre en varios defectos constitucionales, pues comete defectos fácticos consistentes en la valoración manifiestamente contraevidente de la voluntad expresada en las actas de liquidación No. 2 a 8 y suscritas por las partes y la omisión de medios de prueba que indicaron la ausencia de voluntad de Gecelca de extender el plazo máximo de ejecución y mucho menos de crear un segundo periodo de ejecución.

Alegó que se incurre también en una decisión sin motivación, debido a que la construcción argumentativa del laudo es claramente deficiente porque realiza una lectura selectiva, insular e inmotivada de elementos del negocio jurídico, al deducir un acuerdo de voluntades sobre un segundo periodo de ejecución de actas de liquidación donde se manifiesta la ausencia de un acuerdo entre las partes durante la etapa de liquidación del contrato, lo cual llevó precisamente al inicio de un defecto sustantivo, consistente en el claro desconocimiento de una norma, en este caso, el contrato RP3 cuya naturaleza como contrato llave en mano fue modificada.

Anotó que igualmente se advierte otro defecto sustantivo por la inaplicación de las normas constitucionales que establecen los principios aplicables a entidades públicas como Gecelca y Gecelca 3 que deben actuar de manera solemne y no tácita.

Aseguró que ello llevó a que el laudo final arribara a la inconstitucional tesis de que una entidad pública puede modificar un contrato estatal sin suscribir un otrosí, de manera tácita, predicando una prórroga automática de un contrato estatal con

plazo vencido y desconociendo abiertamente el acuerdo de las partes respecto de la liquidación del contrato expresado en actas de liquidación suscritas por las partes, con una evidente ventaja para el contratista y desventaja para la entidad contratante, para el interés público y el patrimonio público.

Sostuvo que, en tercer lugar, la tutela alega cinco defectos constitucionales relacionados con la orden de devolver la multa. Los defectos sustantivos consisten en cuatro adiciones, "inventadas" en el laudo final, de cara a la cláusula 15.1 del contrato RP3, efectuadas por el Tribunal. La cláusula en comento permitía a Gecelca, actuando en nombre de Gecelca 3, imponer multas por incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, siempre que se afectara la correcta ejecución del contrato.

Afirmó que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo al agregar a esta cláusula una exigencia consistente en aplicar lo que el laudo final llama el requisito de un estándar probatorio más elevado, aspecto que no aparece en ninguna parte del contrato.

Indicó que, también cometió un defecto sustantivo al exigir que se identificara como requisito para imponer la multa una ruta crítica, expresión que no aparece en el contrato, desconociendo que la cláusula 15.1 habilitaba la imposición de multas por el simple retardo en el cumplimiento.

Resaltó que, además exigió un "sustento suficiente" requisito a todas luces es vago y que tampoco aparece en el contrato y, además, estableció un requisito de proporcionalidad en el monto de la multa, sin explicar en qué consistía dicho presupuesto cuando el contrato expresamente fijaba los montos de las multas, con lo cual también se incurrió en una decisión sin motivación.

Mencionó que, en la tutela se alega un defecto fáctico consistente en omitir, absolutamente, el hecho de que el perito del consorcio demandante alteró el contenido del informe de interventoría con lo cual ocultó la gravedad del impacto del retraso en la ejecución del proyecto, alteración luego reconocida ante el Tribunal pero la existencia de este hecho fue omitida en el laudo final a pesar de ser determinante.

Indicó que las omisiones absolutas en la valoración de los medios de prueba sí tienen relevancia constitucional, porque afectan gravemente el debido proceso y por ese motivo han sido examinadas por la Corte Constitucional como juez de tutela.

Determinó que, en cuarto lugar, la tutela alega tres defectos constitucionales derivados de las decisiones finales del laudo. Específicamente, un defecto sustantivo derivado de la aplicación de una norma inaplicable a los intereses en este caso (artículo 884 del Código de Comercio) debido a que la deuda es pagadera en una divisa extranjera, lo cual no está regulado por dicha norma del código de comercio.

Precisó que igualmente, se alega un defecto sustantivo derivado de la inaplicación del artículo 192 del CPACA sobre el plazo para el pago de condenas contra entidades estatales. Dicha norma otorga a este tipo de entidad un plazo de 10 meses, mientras que el laudo final estableció, sin explicar los motivos, un plazo arbitrario de 30 días para efectuar el pago.

Apuntó que se alega una decisión sin motivación al rechazar 75 pretensiones de Gecelca 3 formuladas en la demanda de reconvención sin haberlas analizado de manera expresa en el laudo, como sí se analizaron las pretensiones del consorcio.

Sustentó que, es claro que la tutela que presentan las entidades accionantes contra el laudo arbitral, al haber dejado de aplicar las normas pertinentes y descartado sin motivación las pretensiones de la demanda de reconvención, afecta el patrimonio público en una magnitud mayor a cuarenta millones de dólares, con lo cual es claro que se cumple con el presupuesto de relevancia constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia por la Sección Cuarta de esta Corporación, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015 y el artículo 2 del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de declarar improcedente la acción de tutela deprecada.

Para el efecto, deberá establecerse en primer término si la demanda de tutela cumple con los requisitos adjetivos de procedencia contra laudos arbitrales de cara a las consideraciones sobre la relevancia constitucional y la inmediatez que tuvo en cuenta la Sección Cuarta en primera instancia para declarar improcedente la acción y, de superarse lo anterior, deberá verificarse si, como lo afirma la parte actora, el Tribunal de Arbitramento desconoció los derechos fundamentales invocados al incurrir en múltiples defectos fácticos, sustantivos, falta de motivación y desconocimiento del precedente constitucional, al condenar a Gecelca y Gecelca 3, al pago de 40 millones de dólares aproximadamente, más intereses, en consideración a que el plazo de ejecución del contrato suscrito con el consorcio CUC – DTC, sí había sido prorrogado y, en consecuencia, las entidades contratantes debían pagar al contratista el valor total del contrato y devolver la suma de dinero al contratista que había sido impuesta a éste a título de multa.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales; **ii)** requisitos adjetivos de procedencia y; **iii)** el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales

Sea lo primero advertir que, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional², para efectos de la procedencia de la acción de tutela, los laudos arbitrables son equiparables a las sentencias judiciales.

El máximo órgano constitucional ha precisado sobre el particular, lo siguiente:

“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. 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.

(...)

Contra la decisión que decide el recurso de anulación procede el recurso extraordinario de revisión, por lo que en principio podría afirmarse que los accionantes tenían otro mecanismo de defensa judicial; sin embargo, como lo advirtió la Corte en la Sentencia T-288 de 2013 al referirse a la eficacia de dichos recursos: “estos mecanismos [recursos extraordinarios] no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales debe analizarse en cada caso, teniendo en cuenta los recursos judiciales disponibles y los defectos que se atribuyen al laudo”³.

Con la claridad anterior, y comoquiera que los laudos arbitrales se asimilan a las providencias judiciales para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela, es preciso indicar que, el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁴, **unificó** la

² Sentencia T-055 del 3 de febrero de 2014

³ *Ibidem*.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁵, conforme al cual:

«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.»⁶.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **«...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...»**.

Es claro 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, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez y **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

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

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Requisitos adjetivos de procedencia

En este caso la Sección Cuarta consideró, por un lado, que la acción de tutela no era procedente por cuanto no cumplía con el requisito de la relevancia constitucional y, por otro lado, que no se cumplía con el requisito de inmediatez, respecto del cargo relativo a la calificación de “internacional” del trámite arbitral, en tanto que dicha decisión fue adoptada mediante laudo parcial de 2015, razón por la cual, afirma, que no puede discutirse tres años después de proferida.

Para la Sala, es necesario precisar en primer término que, pese a que el *a quo* declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por la parte actora, en tanto consideró que no se cumplió con el requisito de relevancia constitucional, en criterio de esta Sección toda tutela contra providencia judicial, en este caso, del laudo arbitral, lleva implícito la eventual vulneración de un derecho fundamental y por tanto el estudio de dicha figura resulta innecesaria. En ese orden, la Sala debe analizar si la presente acción cumple los siguientes requisitos: i) que no se trata de una demanda de tutela contra tutela, ii) la inmediatez y iii) la subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección de los derechos que se dicen vulnerados.

Por lo anterior, se verificará en esta instancia los requisitos en mención.

Sobre la inmediatez la Sección Cuarta realizó un estudio separado, respecto de los cargos formulados contra el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017 y aquel formulado, según el *a quo*, contra el laudo parcial del 8 de mayo de 2015.

Así, consideró que, si bien la acción de tutela cumple el mentado requisito respecto del laudo definitivo en comento, en criterio del *a quo*, el defecto sustantivo propuesto contra éste, respecto a la calificación del trámite arbitral como “internacional”, solo procedía contra el laudo parcial del 8 de mayo de 2015,

en tanto que fue mediante dicha decisión, que se definió la naturaleza del arbitramento como internacional.

En la impugnación, la parte actora alega que, el laudo parcial no es objeto de la presente acción de tutela, aun cuando en el mismo se adoptó la decisión de calificar la naturaleza del Tribunal de Arbitramento y que, en todo caso, dicha decisión fue incorporada en el laudo definitivo y hace parte del mismo, sin que se pudiera interponer la acción de tutela antes de que se zanjara de manera definitiva el asunto, por parte del referido tribunal.

Al respecto, la Sala considera que le asiste razón a la parte recurrente, por cuanto la decisión contenida en el laudo parcial del 8 de mayo de 2015, según la cual, la naturaleza jurídica del arbitramento en este caso es internacional, hace parte integral del laudo definitivo del 4 de diciembre de 2017, objeto de la presente acción de tutela, pues así lo reconocen los propios árbitros que profirieron la decisión, según la contestación de la demanda visible a folio 234 del cuaderno principal número uno del expediente.

No era dable entonces exigirle a la parte actora que presentara la acción de tutela, respecto de este específico cargo (carácter internacional del arbitraje), contra el laudo parcial del 8 de mayo de 2015, en tanto que aún no se había proferido una decisión definitiva por parte del Tribunal de Arbitramento.

Además, las entidades alegaron su inconformismo frente a la naturaleza internacional del arbitramento y así se lo manifestaron expresamente al Tribunal referido, sin que dichas alegaciones prosperaran y se reafirmara el carácter internacional en el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017 que zanjó de manera definitiva las discrepancias contractuales.

En ese orden de ideas, el requisito de inmediatez frente al reparo que tienen las accionantes sobre el carácter internacional del arbitraje objeto de discusión, debe considerarse a partir del laudo definitivo del 4 de diciembre de 2017 y no del laudo parcial del 8 de mayo de 2015.

No obstante lo anterior, el inconformismo de las accionantes se sustenta, entre otras razones, en un defecto sustantivo por la calificación del trámite arbitral como internacional, que comprende: i) la aplicación indebida y retroactiva del nuevo estatuto arbitral desconociendo el principio de voluntariedad que rige el arbitraje de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y ii) el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-170 de 2014, sobre la aplicación en el tiempo del estatuto arbitral, argumentos frente a los cuales la Sala considera que no se cumple con el requisito de la subsidiariedad.

En efecto, los reparos de las accionantes se refieren al procedimiento que debió imprimirse al arbitramento de cara al tratamiento nacional o internacional que se debía definir por los árbitros en este caso. Es decir, el defecto sustantivo que alegan realmente se refiere a un defecto procedimental susceptible de ser alegado en el recurso de anulación que debieron proponer ante la Sección Tercera de esta Corporación.

Ello en consideración al literal d, numeral 1, del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral), que consagra, como una causal de anulación del laudo arbitral internacional, **“que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuvieran en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no**

puvieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley” (Se resalta).

De la causal en comento es posible advertir que, si las demandantes no estaban de acuerdo con el procedimiento arbitral de naturaleza internacional, en tanto que, según estas lo afirman, este no se ajustó al convenio pactado en la cláusula compromisoria contenida en el contrato RP3, el cual fue suscrito antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, así lo debieron proponer en el recurso de anulación contra el laudo acusado.

El desconocimiento del precedente sobre la aplicación en el tiempo del estatuto arbitral, respecto a la manera en que el Tribunal de Arbitramento interpretó la norma sobre arbitraje internacional y el aparente conflicto de normas en el tiempo sobre la determinación de este tipo de arbitramento, de cara a los contratos suscritos con anterioridad a la Ley 1563 de 2012, son argumentos que pretenden desvirtuar la naturaleza internacional del trámite que siguieron los árbitros en este caso, lo cual constituye una causal de anulación que debe proponerse ante la autoridad judicial competente, que en este asunto corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En consecuencia, las accionantes debieron proponer dicha causal en el recurso de anulación correspondiente. De haberlo hecho así, lo apropiado es esperar el pronunciamiento que sobre el particular efectúe el juez de la anulación (a la fecha se encuentra en trámite), pues el juez de tutela no tiene la potestad para revisar el laudo en asuntos procedimentales, sin que antes se agote el mecanismo previsto para tal efecto.

Ahora bien, en lo que concierne a los demás cargos, que involucran múltiples manifestaciones sobre defectos fácticos y sustantivos, por: i) la creación de un segundo periodo de ejecución del contrato RP3, ii) la invalidación de la multa impuesta por Gecelca, iii) la determinación de los intereses y iv) el rechazo sin explicación de 75 pretensiones de la demanda de reconvención, la Sala encuentra que se cumple con los requisitos de inmediatez y “*tutela contra tutela*”.

Lo anterior comoquiera que tales defectos se dirigen contra el laudo definitivo del 4 de diciembre de 2017 y la tutela se presentó el 28 de febrero de 2018, esto es, casi tres meses después de proferida la decisión arbitral.

Con todo, no sucede lo mismo con la subsidiariedad, pues la Sala no puede pasar por alto que, a la fecha, la Sección Tercera de esta Corporación aún no ha resuelto el recurso de anulación contra el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017, objeto de la presente acción de tutela, y, si bien los defectos alegados en el asunto de la referencia no eran susceptibles de proponerse en dicho recurso, lo cierto es que, hasta tanto el juez de la anulación no se pronuncie sobre la prosperidad de las causales alegadas, cualquier pronunciamiento del juez de tutela sería inocuo, dado que las implicaciones que tendría una decisión anulatoria del laudo controvertido, tendría los mismos efectos que se pretende con este mecanismo constitucional de amparo.

Es deber entonces del juez constitucional garantizar la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, más tratándose de un laudo arbitral de carácter internacional y, como primera medida para lograr este cometido, debe respetar las instancias judiciales previstas por el ordenamiento que permitan desatar todos los recursos disponibles con los cuales se zanje de manera definitiva una controversia de este tipo.

Al respecto, resulta conveniente precisar que el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral), señala sobre la competencia de las autoridades judiciales nacionales, lo siguiente:

“ARTÍCULO 67. ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. *En los asuntos que se rijan por la presente sección (arbitraje internacional), no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga”.*

Así, se pretermitiría un procedimiento legalmente establecido por el juez de tutela si, con el estudio de fondo de la presente acción de tutela, se resuelve eventualmente amparar los derechos fundamentales alegados y se deja sin efectos el laudo arbitral que, solo hasta ahora está siendo evaluado por el juez de la anulación.

Es decir, se vaciaría de competencia a la Sección Tercera que aún está por definir si prospera el recurso de anulación o no contra el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017, al resolverse una tutela previamente, que podría tener efectos en la providencia que dicha Sala de Decisión deba adoptar.

Conviene precisar que, la Sección Tercera del Consejo de Estado, respecto al recurso de anulación y la definición de la naturaleza del arbitraje, ya sea nacional o internacional, ha dispuesto:

*“El juez de anulación debe verificar la naturaleza del tribunal de arbitramento que profirió el laudo arbitral atendiendo el carácter imperativo que reporta la aplicación de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, observa la Sala, que corresponde al Juez del recurso de anulación del laudo arbitral atender la carga procesal que de su estudio en contexto se deduce de **verificar en todo proceso la naturaleza del tribunal de arbitramento que dio lugar al laudo impugnado, esto es, si es de carácter nacional o internacional**, con el fin de verificar si las causales invocadas corresponden a las que de acuerdo con el ordenamiento jurídico serían procedentes en cada caso”⁸.*

En ese orden de ideas, no puede dejarse de lado que, bajo la premisa que sostienen las accionantes, según la cual, el arbitramento que se surtió debió ser nacional y no internacional, es que construyen los demás cargos propuestos contra el laudo, en tanto que alegan el desconocimiento de normas y principios nacionales que, según éstas afirman, debieron ser aplicadas por el Tribunal en el sentido de darles el tratamiento de entidades públicas y no el trato que recibiría cualquier agente del mercado.

Sin embargo, hasta tanto la Sección Tercera no resuelva la causal propuesta –si es que la propusieron las accionantes en esos precisos términos–, atinente a la naturaleza del arbitraje y el procedimiento que se le imprimió al mismo, mal podría el juez de tutela definir si hay lugar al amparo o no de los derechos fundamentales invocados, en tanto que, necesariamente tendría que desvirtuar la premisa en comento, esto es, que el arbitraje era nacional para todos los efectos.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2015. Radicación 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556). Consejero ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En tales condiciones, no resulta procedente el estudio de fondo de la demanda de tutela propuesta por Gecelca y Gecelca 3, hasta tanto la Sección Tercera de esta Corporación desate el recurso de anulación.

Visto así el asunto, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, pero por las precisas razones expuestas en esta providencia.

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: Confírmase la sentencia del 26 de julio de 2018, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente
Aclara voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero
Aclara voto