

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL – Presupuestos de procedibilidad / IMPROCEDENCIA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD – Existencia de otro mecanismo de protección judicial / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES - Mecanismo de defensa idóneo y eficaz para invocar defecto sustantivo o fáctico / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Se puede verificar vulneración del derecho al debido proceso / FALLO EN CONCIENCIA, INCONGRUENCIA Y FALTA DE COMPETENCIA – Causales de anulación que se puede configurar por un fallo *extra* o *ultra petita*, por apartamiento de la ley o de la prueba

En el escenario de los laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela, pero de manera excepcionalísima y, en particular, se ha pronunciado sobre la regla general de la subsidiariedad respecto del recurso extraordinario de anulación. A continuación, se cita en forma extensa la sentencia T- 354 del 6 de agosto de 2019 de la Corte Constitucional, que se produjo de manera reciente, la cual incluye un recuento de las sentencias de unificación sobre la tutela contra laudos arbitrales y sobre el requisito de subsidiariedad respecto del recurso extraordinario de anulación. (...) Este aspecto resulta de interés en el presente caso, en relación con muchos de los argumentos por defecto fáctico que expusieron los accionantes, en los cuales controvirtieron las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento, las apreciaciones del dictamen y de las pruebas que, en principio, se han apreciado como materia del recurso de anulación, puesto que eventualmente serían susceptibles de la causal por fallo en conciencia. (...) Los argumentos expuestos en la demanda de tutela sobre el defecto sustantivo, así como los que se expresan en el defecto fáctico, se refieren a la interpretación de la Ley 1882 de 2018 respecto de la valoración de las pruebas y la congruencia de la decisión, por lo que podrían enmarcarse en las causales de anulación previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: fallo en conciencia, incongruencia y falta de competencia, asuntos que debe definir el juez del recurso extraordinario de anulación, de acuerdo con las causales que se presentaron en ese proceso, según pasa a explicarse a continuación. (...) En relación con los argumentos de Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A., ya reseñados en esta providencia, se advierte que corresponde al juez del recurso extraordinario de anulación y no a las partes definir los límites del fallo en conciencia y de las demás causales del recurso de anulación, por cuanto es el juez natural de esos eventos. (...) La falta de competencia que se plantea podría corresponder con un fallo más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, respecto del cual el medio de defensa eficaz es el recurso de anulación. (...) Es el juez de anulación al que corresponde decidir si a los coadyuvantes en el proceso arbitral les aplicaba o no la exigencia de haber presentado un recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia y si la decisión fue más allá de lo pedido o por fuera de lo que estaba sometido a la competencia de los árbitros.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Laudo arbitral / AUSENCIA DE DEFECTOS POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL – Providencia invocada no se pronunció sobre la valoración de las pruebas / PRECEDENTE CONSTITUCIONAL – Alcance de la sentencia C-207 de 2019 / PAUTAS DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS BAJO LA MODALIDAD DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP – En casos de nulidad absoluta del contrato

Con el propósito de ilustrar el contenido del laudo arbitral que suscitó la acción de tutela y la impugnación que ahora se examina, resulta necesario anotar que la Ley 1882 de 15 de enero de 2018 modificó la Ley 1508 de 2012 y, en su artículo 20, se refirió a la obligación de incluir en los contratos celebrados bajo la modalidad de asociaciones público privadas APP - antes contratos de concesión- una fórmula matemática para las prestaciones recíprocas, destinada a aplicarse en el evento de terminación anticipada. Igualmente, el artículo 20 definió las pautas de la liquidación del contrato en caso de que se declarara su nulidad absoluta. Como puede observarse, las leyes citadas eran posteriores a la celebración del contrato de concesión 001 de 2010, del cual conocía el Tribunal de Arbitramento en el caso *sub lite*, y, para cuando fueron expedidas, ya se había celebrado un acuerdo de terminación del contrato aprobado por el Tribunal de Arbitramento; sin embargo, el citado artículo 20, en su párrafo primero, indicó que lo dispuesto en este “*será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012*”. Con base en esa última disposición, surgió la aplicación de la Ley 1882 de 2018 en los contratos de concesión de infraestructura de transporte que no se habían liquidado para el 15 de enero de 2018, aunque se hubieran celebrado antes de la Ley de 1508 de 2012. A su turno, la sentencia C-207 de 16 de mayo de 2019 declaró exequible el primer inciso del párrafo primero del artículo 20, decisión que se adoptó en “*el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe*”. La misma sentencia declaró inexecutable algunos de los incisos del párrafo segundo del artículo 20 de la citada ley. (...). Por último, se advierte que la sentencia de constitucionalidad no se pronunció sobre la valoración de las pruebas, ni sobre el debido proceso. Tampoco definió el alcance de conceptos como reconocimiento, remuneración, precio de mercado o valor actualizado a los cuales se pretende aplicar un precedente constitucional. (...) Por supuesto que tanto la sentencia C-207 de 2018 (sic) como la Ley 1882 de 2018 presentaron pautas de liquidación, pero en cada caso la prueba de los valores a reconocer dependerá de la estructuración de la contratación y las transacciones financieras que se hayan presentado entre las partes y con terceros y el análisis de que se refirió la Ley 1882 de 2020. El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las restituciones derivadas de la nulidad absoluta del contrato –declarada en este caso por objeto y causa ilícita- a pagar con los recursos del fideicomiso, y sobre ellos aplicó la prelación de pagos, prevista en la Ley 1882 de 2018, en favor de los terceros de buena fe a los que se refirió la sentencia C- 207 de 2019, en lo cual no se advierte la vulneración del debido proceso sino el cumplimiento de la ley y del deber de administrar justicia de conformidad con esta. Por lo expuesto, no comparte la Sala los conceptos de los apoderados de los accionantes tendientes a considerar la sentencia C-207 de 2019 como un precedente obligatorio o una *ratio decidendi* para determinar que el juez o los árbitros no pueden establecer los valores de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, que solo el experto o el perito pueden fijarlos o que no pueden tomar ningún dato de los estados financieros cuando se advierte que en ellos se registraron transacciones ilícitas o no asociadas al proyecto.

FUENTE FORMAL: LEY 1882 DE 2018 – ARTÍCULO 20

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE - Afirmaciones efectuadas en la providencia acusada describen el comportamiento contractual de las partes

La sentencia transcribió los párrafos del laudo arbitral que reprocharon las conductas de los socios, incluyendo la argumentación completa de la referencia al fraude a la ley a través de los vehículos estructurados para la concesión e identificó que no hubo una apreciación carente de concreción ni violatoria del buen nombre. (...) En la impugnación, la accionante introduce reproches contra las comunicaciones en redes sociales de la señora árbitro, posteriores a la sentencia de tutela, los cuales constituyen apreciaciones de la apoderada de Episol sobre el tono que se habría empleado en esas comunicaciones, pero no comprueban la vulneración del buen nombre en el laudo arbitral y ni siquiera hacen parte de los hechos que se juzgan en este proceso. Como consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en la decisión correspondiente a la denegación del amparo solicitado en la tutela presentada por Episol, por no haberse configurado la violación del derecho fundamental al buen nombre.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 110010315000201905083 01 PRINCIPAL – PROCESOS ACUMULADOS: 1100010315000201905247-00; 1100010315000201905253-00; 1100010315000201905341-00; y 110010315000202000211-00 (AC)

Actor: ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL EPISOL SAS Y OTROS

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

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)

Temas: *TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL –carácter excepcionalísimo / SUBSIDIARIEDAD – no se cumple en el evento de defecto sustantivo o fáctico que pueden invocarse en el recurso extraordinario de anulación / PRECEDENTE CONSTITUCIONAL – sentencia C-207 de 2019 – análisis de su alcance.*

Síntesis del caso: Se debate sobre la procedencia de la acción de tutela contra el laudo arbitral en el que se declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión celebrado entre la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – luego transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. En la tutela se invocó la vulneración del precedente constitucional contenido en la sentencia C 207 de 2019 y el alcance de la Ley 1882 de 2018 sobre la labor del Tribunal de Arbitramento, en relación con los pagos a terceros de buena fe frente a un contrato cuya nulidad se declaró por objeto y causa ilícita.

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por los accionantes contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por la Sección Quinta del Consejo de

Estado, mediante la cual: **i)** se declaró improcedente la tutela frente al laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento el 6 de agosto de 2019, aclarado mediante Acta No. 112 del 16 de agosto de 2019¹ y **ii)** se denegó el amparo solicitado por la vulneración del buen nombre.

En la sentencia de tutela, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: TENER como coadyuvante en la presente acción de tutela a la sociedad **CSS Constructores**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO: NEGAR la condición de coadyuvante de la acción de tutela presentada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., a la **Constructora Norberto Obedrecht S.A.**, y tenerla como accionante.

“TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, alegada por la autoridad arbitral accionada.

“CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela por todos los cargos, con excepción del derecho al buen nombre (“good will”) de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., por no concurrir el requisito genérico de procedibilidad, referido a la subsidiariedad.

“QUINTO: NEGAR la protección constitucional del derecho al buen nombre de la sociedad **Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL S.A.S.**

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

“SÉPTIMO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoría del fallo, para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991”.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral y las consideraciones del laudo

Las controversias sometidas a consideración del Tribunal de Arbitramento versaron sobre las pretensiones de incumplimiento, eventos eximentes de responsabilidad y ruptura del equilibrio económico en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001,

¹ Tribunal de Arbitramento que sesionó en la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias suscitadas en el contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y Instituto Nacional de Concesiones – INCO – luego transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

suscrito el 14 de enero de 2010² entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el cual fue modificado en varias oportunidades.

El proceso se adelantó bajo las reglas de la Ley 1563 de 2012, se acumularon dos demandas, presentadas el 6 de agosto y 19 de agosto de 2015 y se realizó una conciliación parcial, aprobada por el Tribunal de Arbitramento el 10 de febrero de 2016³.

La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI presentó demanda de reconvención, en cuya reforma incluyó pretensiones relacionadas con la nulidad absoluta del contrato y pretensiones subsidiarias por incumplimiento de la concesionaria⁴.

Mediante acuerdo celebrado el 22 de marzo de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, de mutuo acuerdo, ante las investigaciones y decisiones judiciales y administrativas que enfrentó el contrato, las partes pactaron su terminación, fijaron un período de transición y definieron una fórmula de liquidación que se comprometieron a someter a la aprobación del juez competente⁵.

Acerca de las pruebas en el proceso arbitral, se destaca la práctica de varios dictámenes y de su contradicción, así como el desistimiento de un dictamen sobre las contabilidades de CONSOL⁶ y de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S (se transcribe de forma literal):

“Dictámenes Periciales de Parte

² Las pretensiones de la demanda acumulada se resumen de acuerdo con el punto 5, página 18 a 21 del laudo arbitral.

³ Aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 3 del 1 febrero de 2016 (Acta No. 4), página 9 del laudo arbitral.

⁴ Página 15 del laudo arbitral

⁵ El contenido de este acuerdo de “*terminación y liquidación*” se encuentra en el punto 5.7, página 405 y siguientes del laudo. Entre otras consideraciones se lee: “*Que el pasado 15 de enero de 2017, el señor Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General (E) del Instituto Nacional de Concesiones, quien suscribiera el acto de adjudicación, Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, así como el contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, reconoció ante el Juez de Control de Garantías su aceptación de cargos en concurso de cohecho impropio, interés indebido en celebración de contratos e enriquecimiento ilícito. (...) —Así con el propósito de evitar un perjuicio al interés público, permitir la pronta continuidad del proyecto Ruta del Sol Sector 2, permitir que la ANI pueda dar cumplimiento a las decisiones judiciales y administrativas que se han adoptado frente a la ejecución del contrato, los sujetos negociales, esto es, la ANI y la CONCESIONARIA, han decidido terminar anticipadamente el mencionado Contrato y proceder a su inmediata liquidación*”.

⁶ Consorcio Constructor Consol, que tuvo a su cargo la construcción llave en mano, bajo el denominado contrato “EPC” (“*Engineering, Procurement and Construction*” - Ingeniería, Gestión de Compras y Construcción), previsto en el pliego de condiciones. En el laudo y en los memoriales de las partes, CONSOL se denomina también “*la epecista*”.

“Se ordenó tener como prueba los dictámenes periciales que fueron aportados por la Convocante, a saber: Dictamen de Proes Consultores; dictamen de Bateman Ingeniería; dictamen de BDO Audit; y, dictamen de Sumatoria SAS.⁷

“(…)

“Práctica de dictamen pericial

“El Tribunal decretó, a solicitud de la Convocante, la elaboración de un dictamen pericial sobre la contabilidad de CONSOL y sobre la contabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Esta prueba fue desistida por la Convocante.

“(…).

“6.5.3. Dictamen pericial decretado de oficio

“Mediante Auto No. 116 del 14 de marzo de 2019 (Acta No. 95), el Tribunal de oficio decretó prueba pericial y para tal efecto designó para rendirlo a FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – DUFF & PHELPS COMPANY. El 20 de mayo de 2019, el Perito presentó su dictamen pericial, del cual se corrió traslado por cinco días hábiles mediante Auto No. 126 del 24 de mayo de 2019 (Acta No. 103)⁸.

“(…).

“El 12 de julio de 2019 se celebró la continuación de la audiencia de contradicción del dictamen, con la participación del perito Valora Consultoría SAS, que rindió el dictamen de contradicción presentado por Episol y con la participación del perito FTI Consulting, que presentó un estudio aportado por las Sociedades Odebrecht⁹.

El Ministerio Público presentó concepto ante el panel arbitral, en el cual, según el resumen del laudo, destacó (se transcribe de forma literal):

“2. Los actos de corrupción fueron promovidos, conocidos y/o debieron conocerse por los miembros de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y no se hizo nada por corregirlos o evitarlos. Por el contrario, las reclamaciones que se promovieron al inicio de este Tribunal de Arbitramento, las cuales ascendían a la suma de \$798.823.328.363, por la Concesionaria, presuntamente consolidarían la financiación de sobornos y pagos indebidos y presuntamente contribuirían a financiar los pagos de este negocio jurídico ilícito.

“3. En desarrollo de este proceso la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y sus socios no tienen derecho a ningún reconocimiento a título de restituciones, conforme lo dispuso el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ni a las previsiones que contempla el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019”¹⁰.

⁷ Página 42 del laudo arbitral.

⁸ Página 49 del laudo arbitral

⁹ Página 49 del laudo arbitral.

¹⁰ Página 64 del laudo arbitral.

Como se verá más adelante, el Tribunal de Arbitramento declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión 001 de 2010, por objeto y causa ilícita, de acuerdo con las pretensiones de la demanda de reconvención de la ANI, “*las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas*”¹¹. La decisión se soportó en extensas y detalladas consideraciones sobre las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y el derecho privado y las pruebas allegadas al proceso.

En lo que importa para la presente providencia, se reseñan a continuación algunas de las consideraciones que el Tribunal de Arbitramento realizó acerca de la Ley 1882 de 2018 (se transcribe de forma literal)¹²:

“2.7.5. La Remuneración del Contratista¹³

“El artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 exige que el Tribunal determine la remuneración del Contratista para efectos de deducirla del monto de inversiones, costos, gastos e intereses reconocidos.

“Sobre el término ‘remuneración’, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos de Concesión ella consiste en cualquier contraprestación que las partes acuerden por concepto del contrato. Esta definición, por razones obvias, haría nugatoria la aplicación del artículo 20.

“Por ello, el Tribunal encuentra razonable entender que cuando el artículo 20 se refiere a la ‘remuneración del contratista’, se refiere a la utilidad reportada por la Concesionaria. De esta forma, dado que Duff & Phelps no incluyó este rubro en su dictamen, el Tribunal procederá a hacerlo basándose en los Estados Financieros de la Concesionaria hasta el año 2017, por corresponder al año de terminación del Contrato de Concesión. Las cifras a continuación se presentan reexpresadas a marzo de 2019, para hacerlas comparables con el dictamen pericial.

“(…)

“2.7.6. Los pagos efectuados por la ANI a la Concesionaria¹⁴

“Dado que Duff & Phelps no tuvo en cuenta la totalidad de los pagos que fueron percibidos por el Contratista, este Tribunal tomará el valor informado por la ANI, de acuerdo con la prueba ordenada por el Tribunal mediante Auto 107 del 21 de enero de 2019 (Acta 89) de la cual se dio traslado a las partes y de la cual dio cuenta el informe secretarial que consta en el acta No 95 del 14 de marzo de 2019. Estos documentos se encuentran en los folios 225 a 230 del Cuaderno de Pruebas No. 199.

¹¹ Página 697 del laudo arbitral.

¹² Las consideraciones que se transcriben en la presente providencia se escogieron por virtud de su relación con los aspectos materia de la impugnación, con el propósito de reseñar el contenido del laudo arbitral en lo que tiene relación con el amparo de tutela solicitado por las accionantes.

¹³ Página 689 del laudo arbitral.

¹⁴ Página 689 del laudo arbitral.

“Los valores reportados por la ANI se encuentran expresados a diciembre de 2018, razón por la que se actualizan para expresarlos en pesos de marzo de 2019. De acuerdo con los cálculos, los pagos hechos a la Concesionaria ascenderían a \$4.591.866.816.581.

“(…).

“2.8. Aplicación de la fórmula prevista en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018¹⁵

“En síntesis, de acuerdo con lo anterior y partiendo del informe pericial de D&P, el siguiente cuadro resume los ajustes hechos por el Tribunal a dicho peritaje, al tiempo en que da aplicación a la fórmula prevista en el artículo 20.

“Ejecución de inversiones Vs Ingresos¹⁶

“	DUFF & PHELPS	AJUSTES	ARBITROS
Ejecución de Inversiones	2,918,385,489,304	537,884,021,377	2,380,501,467,921
Valoración de la obra ejecutada	314,957,658,623	58,049,456,662	256,908,201,961
Rubros Globales	949,631,239,509	175,025,359,674	774,605,879,835
Total	3,233,343,147,928	595,933,478,039	2,637,409,669,888
AIU	949,631,239,509	175,025,359	774,605,879,835
Total CAPEX	4,182,974,387,436	770,958,837,713	3,412,015,549,723
OPEX	970,652,243,563	110,707,411,376	859,944,832,187
Fondeos contractuales predios actualizados	1,019,866,099,241	164,446,613,062	314,296,979.885
Total CAPEX OPEX Y OTROS	6,487,789,710,125	1,046,112,862,151	5.441,653,086.527
Ingresos			
TOTAL INGRESOS	4,438,446,880,483	216,206,206,044	4,654,403,442,413

¹⁵ Página 689 del laudo arbitral

¹⁶ Nota fuera de texto. Este cuadro muestra los ajustes que realizó el Tribunal de Arbitramento en su análisis del dictamen.

Remuneración Contratista	--	575,750,355,886	575,750,355,886
TOTAL INGRESOS	4,438,446,880,483	791,956,561.930	5,230,403,442,413
Valor Neto a Favor Contratista (a favor ANI)¹⁷	2,049,342,829,642	1.838,069,424,081	211,273,405,561

“(…).

“2.9. Aplicación de la Sentencia C-207-18 de la Corte Constitucional para el direccionamiento de los pagos a terceros de buena fe¹⁸

“La suma a reconocer a la Concesionaria en cuantía de \$211.273.405.561, será distribuida de la manera siguiente, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en su Sentencia C-207-19.

“De acuerdo con la más reciente información suministrada por la Concesionaria Ruta del Sol a D&P mediante comunicación del 16 de julio de 2019, a 30 de Junio de 2019 su pasivo externo está discriminado así:

“2.9.1. Obligaciones fiscales y/o impuestos: \$ 282.544.600

“2.9.2. Obligaciones laborales: \$ 1.448.707.380

“2.9.3. Obligaciones financieras: \$ 1.479.130.767.364, distribuidos así: (i) capital: \$1.250.069.037.331; e (ii) intereses: \$229.061.730.391

“2.9.4. Obligaciones de la Concesionaria con vinculadas: \$ 5.500.633.260

“2.9.5. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria \$ 6.208.639.238

[se salta la numeración]¹⁹

“2.9.10. Obligaciones con proveedores de CONSOL: \$ 7.513.509.046, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.

“2.10. Obligaciones de CONSOL con vinculadas: \$ 13.016.601.915, tramitadas por la Concesionaria para la autorización de la ANI.

“2.11. Obligaciones reveladas a la fecha de la Concesionaria con CONSOL: \$ 330.626.062.660, por concepto de liquidación del contrato EPC”.

En relación con el pago de obligaciones a favor de terceros de buena fe, en aplicación de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 16 de mayo de 2019 de la Corte Constitucional, el Tribunal de Arbitramento consideró (se transcribe de forma literal):

“Para el Tribunal es entonces claro que, de acuerdo con lo expresado por la Corte y en aras de la protección de terceros de buena fe, debe indicar la forma en que

¹⁷ La Sala resume la fórmula que se utilizó para establecer el valor de la condena, así: **CAPEX** (obra incluyendo AIU) más **OPEX** (incluye fondeos predios e intereses) = **TOTAL INVERTIDO**, menos **INGRESOS A LA CONCESIONARIA** (ingresos + remuneración o utilidad de la concesionaria) = valor neto a pagar: \$208.423'554.277 = valor ajustado con IPC: \$211.273'405.561.

¹⁸ Página 691 del laudo arbitral.

¹⁹ Nota fuera del texto.

deben imputarse los pagos que deban realizarse por efecto de los reconocimientos a que de conformidad con la ley resulten.

“Como quiera que el Tribunal declaró probadas unas sumas económicas que la ANI debe asumir, procederá a indicar el orden al cual debe atenderse la entidad oficial para satisfacer la prestación a su cargo, así:

“Con los saldos de la Fiducia disponible a favor de la ANI en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo creado por virtud del Contrato de Fiducia:

"1. Obligaciones laborales

"2. Obligaciones fiscales y/o impuestos

"3. Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados Económicos y de Consol, según el cuadro anexo.

"4. Obligaciones financieras, a cada banco, en la proporción que a cada uno le corresponda sobre el total de las acreencias.

“Dado que los recursos en dichas cuentas no alcanzan para atender las obligaciones financieras, para cubrir el pago de la totalidad de la suma que deba restituirse se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el literal (ii) del parágrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual:”(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor”²⁰.

2. Las decisiones adoptadas en el laudo arbitral y su auto de aclaración

Finalmente, surtido el trámite arbitral, el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo el 6 de agosto de 2019, en el cual resolvió:

“**PRIMERA:** Declarar probada la tacha formulada contra el testimonio rendido por el señor **MIGUEL ÁNGEL BETTÍN JARABA**, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

“**SEGUNDA:** Declarar probadas parcialmente las objeciones que por error grave formularon la Sociedades **EPISOL S.A.S.**, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, y **ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.**, al dictamen pericial rendido por **FOREST PARTNERS, ESTRADA Y ASOCIADOS, S.L. – A DUFF & PHELPS COMPANY**, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

²⁰ Página 693 del laudo arbitral.

“TERCERA: Abstenerse de condenar a la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S** al pago de perjuicios a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** por el decreto de las medidas cautelares adoptadas con el Auto No. 7 del 11 de noviembre de 2015 (Acta 4), confirmado por el Auto No. 8 del 1 diciembre 2015 (Acta No. 5), las cuales fueron levantadas por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI las cuales fueron levantadas de oficio mediante el Auto No. 34 del 17 enero 2017 (Acta No. 29), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“CUARTA: Con fundamento en la pretensión primera de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley al Tribunal, declarar la **NULIDAD ABSOLUTA**, por objeto y causa ilícitos y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, posición contractual que hoy ostenta la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“QUINTA: Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley, declarar la **NULIDAD ABSOLUTA**, por objeto y causa ilícitos, del Otrosí No. 3 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014, y el Otrosí No. 6 suscrito el 14 de marzo de 2014, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrados entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“SEXTA: Con fundamento en la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvención presentada por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, de las solicitudes de la Procuraduría General de la Nación coadyuvadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del ejercicio de las potestades oficiosas que le atribuye la ley y como consecuencia de la decisión **CUARTA** anterior, declarar la **nulidad absoluta**, de los Otrosíes Nos. 1 del 11 de marzo de 2013, No. 2 del 5 de abril de 2013, No. 4 del 28 de octubre de 2013, No. 5 del 19 de diciembre de 2013, No. 7 del 14 de marzo de 2014, No. 8 del 23 de diciembre de 2014, No. 9 del 4 de diciembre de 2015 y No. 10 del 3 de noviembre de 2016, junto con sus actas y protocolos complementarios, y los demás acuerdos contractuales de ellos derivados, celebrados entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“SÉPTIMA: Como consecuencia de las decisiones **CUARTA** a **SEXTA** anteriores, negar las Pretensiones de las demandas arbitrales reformadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“OCTAVA: Como consecuencia de las decisiones **CUARTA** a **SEXTA** anteriores, negar las Pretensiones Principales tercera a quinta y todas las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconversión reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

“NOVENA: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sus Otrosíes y demás acuerdos contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y en estricto cumplimiento de la Sentencia C-207 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, fijar en la suma de **DOSCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES, CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$211.273.405.561)**, el valor de los reconocimientos que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** debe efectuar a favor de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

“DÉCIMA: Para ejecutar la decisión **NOVENA** anterior, ordenar a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** disponga de los recursos que se encuentran en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, administrado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., en la cuantía de **CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CINCUENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$187.056.125.325,72)**, junto con los rendimientos que pueda producir hasta el momento del retiro, los cuales serán utilizados para pagar las deudas con terceros de buena fe, en los términos expuestos y en el estricto orden fijado en la parte motiva de esta providencia.

“DÉCIMA PRIMERA: Para ejecutar la decisión **NOVENA** anterior, ordenar complementariamente a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** realizar el pago de la suma de **VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES, DOSCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS (\$24.217.280.235,28)** o el saldo faltante que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Para ello, deberá igualmente direccionar los recursos hacia terceros de buena fe, en los precisos términos expuestos y en el orden estrictamente fijado en la parte motiva de esta providencia.

“DÉCIMA SEGUNDA: Negar las declaraciones solicitadas relacionadas con los juramentos estimatorios de las demandas arbitrales reformadas y de reconversión reformadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“DÉCIMA TERCERA: Negar las declaraciones solicitadas de condena relacionadas con gastos, agencias en derecho y costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“DÉCIMA CUARTA: Denegar cualquier otra pretensión de las demandas arbitrales y de reconversión, distintas a las anteriormente resueltas.

“DECIMA QUINTA: Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

“DÉCIMA SEXTA: Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“DÉCIMA SÉPTIMA: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”²¹.

De acuerdo con el acta No. 112 del 16 de agosto de 2019, en la audiencia para resolver solicitudes de aclaración, corrección, adición y complementación del laudo, mediante auto No. 137, el Tribunal de Arbitramento decidió aclarar algunos aspectos relacionados con la presentación de las cifras en que se fundó la sentencia y la no aplicación a otra parte de las obligaciones relacionadas con terceros de buena fe y denegó las demás solicitudes de aclaración, así (se transcribe de forma literal):

“RESUELVE:

“Primero: Agregar al Expediente los documentos relacionados en el Informe Secretarial.

“Segundo: Aclarar que cuando el Tribunal decidió en la resolución novena del Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 que la ANI debe realizar el pago de \$24.217.280.235,28 “o el saldo faltante que resulte luego de utilizados los recursos a los que se refiere la decisión Décima anterior, en los términos del numeral ii) del Parágrafo Primero del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018” se refiere al procedimiento previsto en dicho numeral para completar los recursos de la Fiducia que no alcancen para pagar los reconocimientos hechos por el Tribunal, de manera que no puede haber ningún desembolso de la ANI o de la Nación en su nombre en exceso de los \$24.217.280.235,28 mencionados.

“De esta manera, la frase citada entre comillas lo único que pretende es armonizar esta cifra de \$24.217.280.235,28 con el hecho cierto de que el Tribunal no tiene clara la fecha o fechas en las cuales se realizarán los respectivos desembolsos por \$187.056.125.325,72 con cargo a los recursos existentes en el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, razón por la que no puede desconocer que esta última suma, que se encuentra en la Fiducia, se mantendrá generando rendimientos financieros hasta su retiro definitivo. En consecuencia, la suma de \$24.217.280.235,28 que en principio tendría que ser dispuesta por la ANI para completar la suma de \$211.273.405.561 objeto del laudo, es apenas un referente calculado hasta la fecha en que se profirió el mismo, pues seguramente va a tener un monto inferior dados los respectivos rendimientos financieros de la Fiducia causados con posterioridad al 6 de agosto de 2019. Es así como el Tribunal determinó que debería cumplirse su determinación en el sentido de que

²¹ Cita original de la sentencia de tutela: “La parte resolutoria del Laudo Arbitral obra en el disco duro portátil que fue allegado al proceso la sociedad accionante”.

los reconocimientos tienen una cuantía total de \$211.273.405.561, ni un peso más, ni un peso menos.

“En definitiva, la suma de \$211.273.405.561 fue el único reconocimiento que se hizo en el Laudo de acuerdo con la Ley 1882 de 2018 a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y con base en lo previsto en la Ley y en la Sentencia C- 207 de 2019 de la Corte Constitucional, dicha suma debe direccionarse para el pago de las obligaciones a terceros de buena fe.

“Obligaciones a favor de terceros de buena fe o de otros acreedores que no se alcancen a cubrir con tales recursos y hasta el límite de los \$211’273.405.561, deben ser cubiertas o satisfechas por sus deudores -sea la Concesionaria Ruta del Sol SAS o el Consorcio CONSOL- o por sus avalistas o garantes y en ningún caso por la ANI o la Nación con recursos públicos y por ello, para satisfacer tales obligaciones ya no es aplicable la Ley 1882 de 2018²².

“Tercero: Aclarar que el Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 no tiene el anexo mencionado en la página 693 y que la frase “según el cuadro anexo” se trata de un error de transcripción.

“Cuarto: Aclarar que las cifras que fueron representadas en el numeral 2.7.5. del Laudo proferido el 6 de agosto de 2019 (p.698) deben leerse así: “cifras expresadas en miles de pesos”.

“Quinto: Con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, denegar, por improcedentes, las demás solicitudes de aclaración, corrección, adición y/o complementación del laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, formuladas por los sujetos procesales.

“Notifíquese. La anterior decisión se notificó en estrados”.

3. Las demandas de tutela acumuladas

El laudo arbitral de 6 de agosto de 2019 y su auto aclaratorio fueron objeto de varias tutelas.

La primera demanda, radicada el 3 de diciembre de 2019, correspondió a la presentada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol Episol SAS²³, se le asignó el número **110010315000201905083 01** y fue repartida a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Mediante auto del 29 de enero de 2020, se dispuso la acumulación de otros procesos al ya citado, correspondientes a las tutelas interpuestas contra el mismo laudo arbitral,

²² La negrilla no es del texto.

²³ En adelante se denominará Episol. Esta sociedad fue admitida en el proceso arbitral como *litisconsorte cuasinecesaria* de la convocante, sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Página 2 del laudo arbitral.

cuyos expedientes son los siguientes: 1100010315000201905253-00 (Bancolombia); 1100010315000201905247-00 (Banco de Occidente); 1100010315000201905341-00 (Banco Davivienda) y 110010315000202000211-00 (Banco de Bogotá, Banco Popular y Banco AV Villas). Igualmente, mediante auto de 27 de febrero de 2020 el magistrado a cargo de ese proceso remitió para acumulación el expediente número 110010315000202000084- 00 (Constructora Norberto Odebrecht y Latinvest Colombia S.A.S.)²⁴.

4. Legitimación activa

En el proceso de tutela, mediante auto de 9 de diciembre de 2009, se ordenó lo siguiente (transcripción de forma literal):

“La vinculación, en calidad de terceros con interés jurídico en el resultado del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991, de: la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, la Constructora Norberto Odebrecht S.A, la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., la sociedad CSS Constructores S.A., Bancolombia S.A., el Banco Davivienda S.A., el Banco de Bogotá S.A., al Banco de Occidente S.A., al Banco Popular S.A., al Banco Av Villas S.A., a Itaú Corpbanca Colombia S.A., al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, representado por su vocera la Fiduciaria Corficolombiana S.A., a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuradora 55 Judicial II para Asuntos Administrativos, al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y al Procurador 134 Judicial II para Asuntos Administrativos”²⁵.

La Sala observa que, en el trámite arbitral, las sociedades Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S.-, Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A., y CSS Constructores S.A. ostentaron la calidad de litisconsortes cuasinecesarias, en su condición de accionistas de la Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S.

En el laudo arbitral se reseñó que esas personas jurídicas conformaron el consorcio denominado “*Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol SAS*”, a través del cual presentaron propuesta en la licitación pública que dio lugar a la adjudicación del contrato de concesión 001 de 2010.

²⁴ Admitidas en el proceso arbitral como litisconsortes cuasinecesarias y coadyuvantes de la convocante, sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS, mediante auto No. 99 del 31 de mayo de 2018 (Acta No. 83). Página 15 del laudo Arbitral.

²⁵ Párrafo 57, página 16, sentencia de primera instancia, 27 de febrero de 2020.

Según el laudo, el consorcio estuvo integrado por las firmas “(i) *CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A* (ii) *ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA*, (iii) *ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A* y, (iv) *CSS CONSTRUCTORES S.A.*”²⁶.

Se precisa que, en el trámite de la tutela, CSS Constructores manifestó que coadyuvaba la acción presentada por Episol, indicó las pruebas que demuestran que no tuvo participación en la elaboración de la propuesta y afirmó que su buen nombre también se vio vulnerado.

Por su parte, las entidades financieras manifestaron obrar como coadyuvantes de la convocante en el proceso arbitral y en esa condición acudieron en la demanda de tutela ahora acumulada: Bancolombia, Banco Davivienda, Banco de Bogotá, Banco de Occidente, Banco Popular y Banco AV Villas.

En este punto, es importante observar que, según se aprecia del laudo arbitral, las entidades financieras decidieron intervenir en razón de los créditos de largo plazo que otorgaron para financiar el proyecto y desembolsaron al fideicomiso constituido por la concesionaria mediante un contrato de fiducia mercantil que celebró con la Fiduciaria Corficolombiana S.A.²⁷, que dio lugar a la constitución del patrimonio autónomo Ruta del Sol sector 2, en el cual los bancos tenían condición de beneficiarios.

Las entidades financieras reseñaron en el trámite de la tutela sus derechos como terceros de buena fe, en los términos definidos en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por haber otorgado financiación al proyecto de concesión.

5. Derechos vulnerados

²⁶ Página 411 del laudo arbitral.

²⁷ También citada en la demanda de tutela, notificación No. 18108 y 18120 de 4 de marzo de 2020, hoja electrónica 141 y 167, expediente digital 2020430163952.pdf. El Tribunal Arbitral admitió la vinculación al proceso, como tercero coadyuvante de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ruta de Sol Sector 2, cuya vocera es la sociedad Fiduciaria Corficolombiana S.A., mediante decisión contenida en el Auto No. 118 del 21 de marzo de 2019 (Acta No. 96). Página 16 del laudo arbitral.

Las accionantes, en escritos separados y con diversos argumentos, alegaron la violación del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, por defecto sustantivo en la aplicación de la Ley 1882 de 2018 y desconocimiento del precedente constitucional contenido en la sentencia C 207 de 2019 de la Corte Constitucional, y defecto fáctico, referido a la indebida apreciación de esa ley y de las pruebas en que se fundó la sentencia y, especialmente, cuestionaron la determinación de la suma a pagar con los recursos del fideicomiso, a favor de los terceros .

La sociedad Episol, además, afirmó la vulneración del derecho fundamental al buen nombre, por considerar que las afirmaciones expresadas en el laudo arbitral -y concretamente la referida al fraude a la ley que se le imputó sin identificación de una conducta de su parte, constituyó la violación de su derecho fundamental y la afectación del “*Good Will*” de su negocio o actividad comercial.

De la misma forma, Episol invocó la violación directa del artículo 230 de la Constitución Política y la indebida interpretación y aplicación de la disposición especial contenida en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia *C-207 de 2019*, la cual declaró la exequibilidad condicionada del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882, en tanto consideró que el Tribunal de Arbitramento desconoció “*los parámetros de la liquidación del contrato contenidos en esa ley*” y determinó la suma a pagar, vulnerando con ello el principio de la contabilidad como plena prueba, al tenor de lo dispuesto por el artículo 68 del Código de Comercio, posición que sustentó en la sentencia C-062 del 30 de enero de 2008.

Todos los accionantes argumentaron que se configuraban los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra el laudo arbitral y su auto aclaratorio.

Estimaron que se cumplía el requisito de subsidiariedad, por cuanto se agotaron en debida forma las solicitudes de aclaración, complementación y adición del fallo y, adicionalmente, informaron que interpusieron el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 1563 de 2012, el cual se encontraba en trámite.

Observaron que el recurso de anulación no desplazaba la demanda de tutela, por cuanto el amparo se solicitó sobre defectos que no podrían ser examinados por el juez de anulación, en cuanto este último solo conoce de las causales taxativas de la Ley

1563 de 2012 y se debe fundar en errores “*in procedendo*”, a diferencia de la demanda de tutela que impetraron, en la cual se solicitó el amparo por vulneraciones al debido proceso y al buen nombre, que requieren un estudio de fondo por el juez constitucional, el cual, en su criterio, está vedado al juez de la anulación.

6. Recurso extraordinario de anulación

Por otra parte, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado certificó que, el 31 de octubre de 2019, se recibió y radicó en esa secretaría un recurso extraordinario de anulación y que, el 12 de diciembre de 2019, el despacho de la magistrada Adriana Marín resolvió

“Avocar el conocimiento de los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol – EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A. Público contra el laudo arbitral de 6 de agosto de 2019, aclarado mediante providencia del 16 de agosto siguiente, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias surgidas entre la Concesionaria Ruta del Sol y la ANI”²⁸.

7. La sentencia de tutela

Tal como se reseñó al inicio de esta providencia, mediante sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró improcedente la tutela frente al laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitramento el 6 de agosto de 2019, aclarado mediante Acta No. 112 del 16 de agosto de 2019²⁹, y denegó el amparo solicitado por la vulneración del buen nombre.

La sentencia de tutela definió los problemas jurídicos expuestos por las demandas, así: la legitimación en la causa por activa, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad adjetiva para la tutela y, en caso afirmativo, el estudio de fondo de la vulneración de los derechos fundamentales.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación número: 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136), convocante: Concesionaria Ruta del Sol, convocado: Agencia Nacional de Infraestructura ANI, referencia: recurso extraordinario de anulación.

²⁹ Tribunal de Arbitramento que sesionó en la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los árbitros Catalina Hoyos Jiménez, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Carlos Mauricio González Arévalo, convocado para dirimir las controversias suscitadas en el contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y Instituto Nacional de Concesiones – INCO – luego transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que no se cumplió el requisito de subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado, por razón de que las accionantes cuentan con el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral para definir los mismos asuntos que se formularon en los defectos fáctico y sustantivo expuestos en las demandas de tutela.

En el examen de la subsidiariedad, la sentencia de primera instancia examinó: **i)** la causal de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento que se argumentó por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., respecto de lo cual advirtió la omisión del recurso de reposición contra el auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento asumió competencia en el trámite arbitral y **ii)** en relación con cada demanda de tutela, presentó un cuadro a dos columnas de los cargos de la tutela y las causales del recurso extraordinario de anulación.

En el análisis individual de cada caso, la sentencia concluyó la identidad material de los asuntos expuestos en la tutela y en el respectivo recurso extraordinario de anulación.

Por ejemplo, frente a la demanda de Episol consideró (se transcribe de forma literal):

“385. De la comparación realizada por esta Sección en encuentra acreditado que todos los defectos alegados, fueron igualmente expuestos, con argumentos que guardan similitud fáctica y jurídica, en el recurso extraordinario de anulación que actualmente se encuentra en trámite, por lo que es indudable que no concurre el requisito de subsidiariedad que permita estudiar en fondo del asunto.

“386. Adicional a lo anterior, es claro que las causales de anulación invocadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. igualmente, comprenden las razones que aquí se exponen, que cuestionan las deducciones efectuadas en relación con las sumas a reconocer como consecuencia de la declaratoria de nulidad”.

En relación con la vulneración de la honra y el buen nombre de Episol, transcribió en forma íntegra los párrafos del laudo, incluyendo los que mencionaron el fraude a la ley y consideró que no encontraba en ellos una violación de ese derecho y de su “*Good Will*”.

8. Las impugnaciones

Mediante auto de 9 de marzo de 2020, se concedieron los recursos interpuestos por las demandantes contra la sentencia del 27 de febrero de 2020 que declaró improcedente la demanda de tutela presentada. El auto fue notificado a todas las partes, terceros vinculados, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público³⁰.

Según consta en el expediente, el reparto se realizó el 26 de abril de 2020, fecha en que fue asignado a este Despacho de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo³¹ El reparto del expediente digitalizado se completó con los archivos electrónicos el 4 de mayo de 2020³².

8.1. Argumentos de Episol en su escrito de impugnación

Episol presentó su impugnación el 4 de marzo de 2020.

En primer lugar, informó que no había sido notificada del fallo de la tutela cuando se enteró de su contenido por la publicación en la página web del Consejo de Estado, por lo cual advirtió que se encontraba dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 para impugnar la sentencia, contado a partir de la fecha en que tuvo conocimiento.

En segundo lugar, resumió el fallo de tutela y, en el aspecto de la de subsidiariedad, transcribió el cuadro comparativo de los cargos formulados en la demanda de tutela y de las causales del recurso de anulación que interpuso Episol.

En el acápite concreto de los motivos de inconformidad se refirió al requisito de la subsidiariedad, con los siguientes argumentos:

“A. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN CONTRA DEL LAUDO ARBITRAL DEL 6 DE AGOSTO DE 2019- CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE ‘SUBSIDIARIEDAD’ “³³.

³⁰ Cuaderno 5. Folio 265, comunicaciones de notificación No. 20151 y No. 20164 de 11 de marzo de 2020.

³¹ Cuaderno 6 folio 1018, Expediente digitalizado 2020430146050 PDF. Hoja electrónica 40.

³² Página web del Consejo de Estado – plataforma SAMAI.

³³ La negrilla es del texto. Folio 888 cuaderno 5, hoja electrónica 192.

Afirmó que la sentencia consideró incumplido el requisito de subsidiariedad, sin analizar el fondo de los argumentos en los que Episol fundó su tutela. Advirtió que, en torno de este requisito, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los mecanismos al alcance del afectado deben resultar idóneos para la defensa de los derechos fundamentales. Citó la sentencia T-375 de 2018.

Argumentó que el Consejo de Estado “**NO EFECTUÓ UN ANÁLISIS CONCRETO**”³⁴ sobre la idoneidad y eficacia del recurso de anulación para proteger los derechos de Episol. Afirmó que la Sección Quinta del Consejo de Estado “**obvió**” realizar el test de procedibilidad que le impone la Corte Constitucional para establecer que el accionante no dispone de otro medio eficaz.

Afirmó que en este caso el recurso de anulación no tiene el alcance de acreditar la vulneración de los derechos que Episol invocó en la tutela.

Manifestó que el Consejo de Estado procedió a “*excederse en tinta*”³⁵ respecto de las tesis sobre el agotamiento previo de las acciones judiciales que tiene a su disposición un accionante, pero ignoró que el recurso de anulación no es un mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales objeto de la violación en que incurrió el Tribunal de Arbitramento, en tanto sus causales son taxativas y están definidas en la Ley 1563 de 2012, además de que el artículo 42 de la misma ley establece que el juez del recurso extraordinario de anulación no puede pronunciarse sobre el fondo.

Mencionó su preocupación por cuanto la Sección Quinta no respetó la sentencia del 11 de abril de 2019, radicación número 11001-03-15-000-2018-016-01, de la cual transcribió un párrafo.

Así mismo, observó que la Corte Constitucional determinó que nada obsta para que la acción de tutela pueda ejercerse de manera simultánea con otras acciones judiciales, si la finalidad y el alcance son diferentes³⁶, como, en criterio de la impugnante, sucede con el recurso de anulación del presente asunto.

Concluyó que la Sección Quinta incurrió en un error grave al considerar que los argumentos de Episol eran los mismos en la tutela y en el recurso de anulación.

³⁴ Hoja electrónica 193, folio 889 del cuaderno 5.

³⁵ La cita en comillas es el texto original.

³⁶ Citó la sentencia T-972 de 15 de noviembre de 2007.

Destacó que en su demanda de tutela presentó un análisis exhaustivo de todos los defectos que encuentra en la decisión, controvirtiendo la decisión de fondo y no de procedimiento, lo cual, de haber sido analizado, habría conducido a sustentar la procedencia del estudio de fondo en este proceso, aunque el supuesto fáctico de los cargos sea el mismo en los dos recursos.

“B. SOBRE LA EXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN AL ‘GOOD WILL’” A EPISOL S.A.S. POR PARTE DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO”³⁷

Expuso que Episol era una sociedad distinta, autónoma e independiente de la sociedad concesionaria, diferente a los socios de la concesión, en la cual ostentaba la calidad de accionista minoritario y que la sentencia de tutela la trató como un directo responsable de las falencias de la concesionaria.

Manifestó extrañeza porque la sentencia de tutela no consideró las actuaciones que se mencionaron como “*fraude a la ley del Contrato*”³⁸ y se le imputaron en el laudo a Episol sin fundamento y advirtió que el juez de tutela tampoco analizó las pruebas aportadas sobre el punto.

Reiteró que el Tribunal de Arbitramento tildó a Episol de negligente, afirmando que se trataba de una filial del grupo empresarial que tenía intereses en todo el negocio, comentarios que “*son ajenos al trámite arbitral y que, en criterio de la accionante, **NO TIENEN NADA QUE VER CON EL TRÁMITE ARBITRAL***”³⁹.

Insertó en su escrito unas comunicaciones que se encontrarían publicadas en las redes sociales de la “*árbitro-litigante*”⁴⁰ Catalina Hoyos Jiménez de 28 de febrero de 2020, en relación con el resultado de la tutela, mediante las cuales, en criterio de la impugnante, esa profesional se mostró victoriosa por el fallo. Transcribió los “*principios de Bangalore sobre conducta judicial*” y manifestó que las conductas reseñadas violaban el artículo 153 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁴¹.

Argumentó que el fallo de tutela no analizó la veracidad de la afirmación contenida en el laudo arbitral acerca de la evidencia testimonial y documental de que la contabilidad de

³⁷ Hoja electrónica 200, folio 896 del cuaderno 5.

³⁸ Hoja electrónica 200, Folio 896 del cuaderno 5.

³⁹ Hoja electrónica 201, folio 897 del cuaderno 5.

⁴⁰ Hoja electrónica 201, folio 987 del cuaderno 5.

⁴¹ Hojas electrónicas 202 y 203, folios 898 y 899 del cuaderno 5.

la concesionaria y de Consol estaban “contaminadas y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto”.

Finalmente, estimó que el Consejo de Estado ahondó la violación del derecho de defensa de Episol, puesto que mal podría defenderse de “acusaciones indeterminadas”⁴² que no aciertan a concretarse en las providencias objeto de la acción.

Indicó que el Consejo de Estado no se pronunció sobre la oportunidad que nunca le brindó el Tribunal de Arbitramento a Episol de refutar los novedosos argumentos que plasmó en el laudo, que la lectura que realizó el Consejo de Estado fue parcializada y no analizó todos los argumentos que acreditan la efectiva vulneración del derecho al buen nombre.

Concluyó que resulta evidente que “**SÍ EXISTIÓ**”⁴³ violación de los derechos fundamentales de defensa, al debido proceso y al buen nombre de Episol por parte del Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 y solicitó revocar el fallo objeto del recurso de impugnación y amparar los derechos fundamentales invocados.

Por otra parte, teniendo en cuenta que Episol indicó que no se analizaron en detalle los cargos específicos que fueron invocados para soportar la procedencia de la tutela, la Sala se detendrá en su análisis en el acápite correspondiente al caso concreto.

8.2. Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A. - Argumentos de la impugnante

La impugnante anotó que en la demanda de tutela no se puso en tela de juicio la competencia del Tribunal Arbitral para declarar la nulidad del contrato de concesión; advirtió que la acusación que se formuló fue diferente y consistió en que, a pesar de tener competencia para ello como juez del contrato de concesión, el Tribunal Arbitral, de acuerdo con los precedentes judiciales, no debió declararla.

Centrado así el problema, para la impugnante, resulta claro que el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia no era una medida judicial idónea para debatir si el Tribunal de Arbitramento desconoció o no los precedentes judiciales del Consejo de Estado.

⁴² Hoja electrónica 206, folios 892 del cuaderno 5.

⁴³ Hoja electrónica 207, folio 893 del cuaderno 5.

Concluyó que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

Estimó que no se tiene ninguna medida de defensa alternativa a la acción de tutela que permita controvertir si el Tribunal Arbitral obedecía los precedentes o si los desconoció de modo ilegítimo.

Por otra parte, citó la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de los límites para la causal de fallo en conciencia dentro del recurso de anulación y concluyó que la procedencia de la acción de tutela no se ve afectada por el hecho de que los accionantes traten de acomodar o reconducir sus argumentos a las casuales especiales de procedibilidad sobre las de anulación previstas en la Ley 1563 de 2012, si en su materialidad los planteamientos corresponden a defectos fácticos o sustantivos.

Insistió en que la demanda de tutela debe ser estudiada, dado que el recurso de anulación no sirve para debatir dichos asuntos.

8.3. Banco de Occidente - Argumentos de la impugnación

El Banco de Occidente expuso que se debió promover la tutela por cuanto el Tribunal de Arbitramento le afectó el derecho al debido proceso por incurrir en:

8.3.1. Defecto sustantivo en la interpretación, *contraevidente y perjudicial* del artículo 20 de la Ley 1882 de 2011, en las expresiones; i) “*valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista*” al no reconocer los ejecutados por la constructora Consol y ii) “*remuneración recibida por el contratista*”, equiparada a la utilidad reportada por la concesionaria.

8.3.2. Defecto fáctico por indebida valoración probatoria

Reseñó la vulneración del debido proceso por ‘defecto fáctico, al haberle realizado el descuento de las supuestas utilidades de la concesionaria, por la suma de \$567’984.102.076, que dedujo para establecer el valor de la condena.

Observó que el Tribunal de Arbitramento tomó esas utilidades de los estados financieros de la concesionaria, prueba contable, a la que, por otra parte, no le dio crédito en el mismo laudo arbitral, incurriendo con ello en un defecto fáctico, puesto que el artículo 264 del CGP establece que “*la fe debida a los estados financieros es indivisible*”. Agregó que la concesionaria no había repartido utilidades, de conformidad con los compromisos adquiridos en fase de construcción.

Según el Banco de Occidente, el defecto fáctico se configuró, también, por asumir que el saldo de los recursos de la subcuenta de reversión corresponde a un pago efectuado por la ANI a la Concesionaria, cuando en realidad corresponde a unos recursos diferentes.

8.3.3. Motivos de inconformidad expuestos por el Banco de Occidente

En los motivos de la impugnación indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó una metodología de estudio en la cual los cargos en que fundó la vulneración del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución no fueron analizados de manera individual, integral y en profundidad.

Sobre ese análisis, advirtió que la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento alegada en la tutela era para establecer el orden en que debían distribuir las sumas reconocidas y que no se correspondía con la falta de competencia como causal de anulación del laudo arbitral.

Insertó los argumentos de su recurso de anulación para mostrar los aspectos relacionados con lo que el laudo dispuso acerca de los terceros con derecho al pago, el orden de pago complementado en la providencia de aclaraciones, el cierre financiero, la autorización de la ANI a ciertos pagos a los bancos a través de la fiducia y otros apartes que, en su criterio, no guardan identidad con los que planteó en la tutela.

Destacó que desde su escrito de tutela mostró las diferencias en los defectos alegados y las causales en las que se fundó el recurso de anulación, al que decidió acudir en forma paralela, por no ser este último recurso idóneo para obtener el amparo que cese la violación directa del derecho fundamental.

Finamente concluyó (se transcribe de forma literal):

“De la anterior lectura se aprecia con claridad que, por agudo que sea el criterio del interprete, se puede sostener que en el análisis de fondo no hay un asomo de similitud entre estos argumentos y las consideraciones en que el Banco sustentó el defecto sustantivo en el que incurrió el laudo arbitral”.

Como consecuencia de lo expuesto, solicitó revocar el fallo de la Sección Quinta y tutelar el derecho fundamental al debido proceso⁴⁴.

8.4. Banco Davivienda - Argumentos de la impugnación

Explicó que la subsidiariedad se manifiesta en dos aspectos: **i)** la acción de tutela no es un medio alternativo de defensa y **ii)** la acción de tutela no es un mecanismo de defensa adicional, al que las partes puedan acudir una vez agotadas las instancias judiciales ordinarias.

Después de citar varias jurisprudencias de la Corte Constitucional, expuso que la acción de tutela se puede plantear en dos escenarios: **i)** aquel en el que no resulta exigible agotar el recurso de anulación, por cuanto la valoración de la vulneración es próxima e inmediata y se focaliza en las violaciones atribuibles al laudo y **ii)** cuando el laudo ya ha sido sometido al examen del juez de anulación, caso en el cual la tarea tutelar del juez se cumple en forma más distante, para controlar si, al examinar las causales del recurso, no se advirtió alguna vulneración del tipo *ius* fundamental⁴⁵.

En el caso concreto, el Banco Davivienda advirtió que la sentencia de primera instancia realizó un análisis incorrecto de la idoneidad del recurso de anulación para atender los defectos imputados al laudo en sede de tutela.

Consideró que es potestativo del inconforme esperar o no la sentencia que resuelve el recurso de anulación para incoar la protección constitucional.

Advirtió que una de las principales razones por las que el laudo se profirió con desconocimiento del derecho al debido proceso de las entidades financieras es la ausencia de adhesión al pacto arbitral por parte de estas. Observó que se argumentó la falta del recurso de reposición contra el auto de 3 de octubre de 2017, el cual se profirió antes de que las entidades financieras fueran vinculadas al proceso arbitral. Agregó que

⁴⁴ Folio 976, hoja electrónica 329, expediente digitalizado 2020430164050.pdf.

⁴⁵ Folio 984, hoja electrónica 338.

los bancos se vincularon al proceso arbitral antes de que la Corte Constitucional profiriera la sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, solicitó la revocatoria del fallo y que se amparen los derechos fundamentales del Banco Davivienda.

8.5. Banco de Bogotá, Banco Popular y Banco AV Villas⁴⁶ -Argumentos de la impugnación

Los bancos citados estimaron que debe entenderse superado el requisito de subsidiariedad “*en la medida en que las materias de que trata la acción de tutela se encuentran excluidas del recurso de anulación*”⁴⁷.

Se opusieron a la supuesta identidad material entre los argumentos con que sustentaron el recurso extraordinario de anulación y los que se ventilan en la acción de tutela.

Explicaron que el recurso de anulación se fundó en la caducidad de la acción respecto de la pretensión de nulidad absoluta y en los yerros *in procedendo* al establecer en el laudo arbitral la competencia del Tribunal para liquidar las restituciones mutuas más allá de las pautas de la Ley 1882 de 2018 y para establecer la prelación de créditos.

Enfatizaron en que los fundamentos de la acción de tutela son diferentes y que este mecanismo es el único disponible para controlar las transgresiones de los derechos fundamentales⁴⁸.

Rechazaron el sistema del cotejo formal de pretensiones que empleó la Sección Quinta del Consejo de Estado para denegar el amparo por requisitos de procedibilidad sin estudiar el fondo de la tutela.

Reiteraron los argumentos de vulneración de la *ratio decidendi* de la sentencia C-207 de 2019, que fundamenta el pago total de las restituciones mutuas en la prohibición de enriquecimiento sin causa a favor del Estado, pues su desconocimiento conduce a la violación del derecho de propiedad contenido en el artículo 58 de la Carta Política.

⁴⁶ Escrito presentado el 5 de marzo de 2020, folios 989 a 1005, hojas electrónicas 4 a 20, expediente digitalizado 2020430164050.pdf.

⁴⁷ Folio 1001, hoja 16 expediente digitalizado 2020430164050.pdf

⁴⁸ Página 9 de la impugnación.

Expusieron “*las pautas de constitucionalidad de restituciones*” que imponían el deber de reconocer todas las obras ejecutadas hasta el límite de los beneficios que reporten al Estado y destacaron que el Tribunal incluyó una regla exclusiva de su autoría, limitándose a los valores de la contabilidad de la contratista y excluyendo los de la contabilidad de EPISOL.

En forma separada, argumentaron que el laudo desconoció la condición de exequibilidad del párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Insistieron en que debe entrar a estudiarse la violación de sus derechos fundamentales, como terceros de buena fe a los que la sentencia C-207 de 2019 les reconoció tales derechos.

8.6. - Impugnación de Bancolombia - Argumentos de la impugnación

En escrito presentado el 9 de marzo de 2020⁴⁹ advirtió que ninguna de las causales del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 permite solicitar la anulación del laudo por indebida interpretación normativa, valoración de los medios de prueba o desobedecimiento del precedente constitucional, por cuanto la Ley 1563 de 2012 consagra el citado recurso únicamente para los errores *in procedendo*.

Se opuso a la conclusión de la sección quinta del Consejo de Estado respecto de la similitud fáctica y jurídica de las causales en que se fundó el recurso extraordinario de anulación, con las que se expusieron en la demanda de tutela.

Reseñó que la sentencia en sede de tutela no estudió todos los aspectos objeto del amparo solicitado en cuanto al defecto sustantivo y fáctico que se demostró y, por ello, incurrió en una denegación de justicia.

Agregó que la metodología de comparación de pretensiones en uno y otro recurso no se ocupó de estudiar el desconocimiento del precedente constitucional y la falta de motivación al interpretar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el cual exigió que los reconocimientos fueran validados por la interventoría o por un tercero experto.

Reiteró que el defecto fáctico existió al momento de valorar los montos del CAPEX, al considerar la premisa falsa de que el dictamen tenía un estudio deficiente de precios

⁴⁹ Hoja electrónica 22, exp digital digitalizado 2020430164050.pdf.

de mercado, al activar las facultades para realizar ajustes (segunda irregularidad) al estimar el valor del OPEX “*en sendas fallas lógicas que tornan irracional las conclusiones*”⁵⁰.

Igualmente, reseñó el defecto por desconocimiento del precedente constitucional, por cuanto, en su criterio, se desatendió la *ratio decidendi* del precedente constitucional.

Advirtió que Bancolombia solicitó amparar su derecho fundamental al debido proceso, pretensión diferente a la que solicitó en el recurso de anulación.

9. Impedimento de magistrada

Mediante escrito recibido el 28 de mayo de 2020, la magistrada María Adriana Marín manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, el cual fue declarado infundado a través de proveído de 1° de junio siguiente.

II. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela contra sentencias

A través de una sentencia de unificación, la Sala Plena de la Corporación adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela constituye un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y por ello se consideró que el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características⁵¹.

Por otra parte, la Corporación ha determinado que le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales, de tal manera que, solo una vez superado ese examen formal, pueda entrar a constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos o requisitos especiales para analizar de fondo la

⁵⁰ Hoja electrónica 24, página 3 y folio 1110.exp digital digitalizado 2020430164050.pdf

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

vulneración del derecho fundamental invocado, los cuales deben ser alegados y demostrados por el accionante⁵².

Los anteriores conceptos son aplicables a la tutela sobre laudos arbitrales, en tanto los árbitros tienen facultades jurisdiccionales y, en ese sentido, sus laudos son equivalentes a las sentencias.

La Corte Constitucional ha advertido que el análisis de los requisitos de procedibilidad de la tutela es aún más exigente frente a los laudos, dado que se trata de una jurisdicción *ad hoc* consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política, cuya competencia en cada caso concreto se activa por el pacto voluntario de acogerse a ella, además de que el proceso arbitral es de única instancia y los recursos contra el laudo solo se consagran para causales taxativas, sin que se permita en ellas que la jurisdicción ordinaria entre a corregir o reemplazar las valoraciones de los árbitros.

2. La acción de tutela contra laudos arbitrales

En el escenario de los laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela, pero de manera excepcionalísima y, en particular, se ha pronunciado sobre la regla general de la subsidiariedad respecto del recurso extraordinario de anulación.

A continuación, se cita en forma extensa la sentencia T- 354 del 6 de agosto de 2019 de la Corte Constitucional, que se produjo de manera reciente, la cual incluye un recuento de las sentencias de unificación sobre la tutela contra laudos arbitrales y sobre el requisito de subsidiariedad respecto del recurso extraordinario de anulación.

“2.1. El examen estricto de procedibilidad

“Esta Corporación ha precisado, sin embargo, que el examen de los requisitos de procedibilidad debe ser más estricto y riguroso frente a laudos arbitrales que frente a providencias judiciales.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016 00134-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. N° 2016-02568-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras. // Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-542 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-490 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

“En la Sentencia SU-500 de 2015 se ahondó sobre la razón que fundamenta este análisis restrictivo:

‘La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside, fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento.’

“(…)

“En consecuencia, esta Corporación ha advertido que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos encuentra sentido, por una parte, en la protección de los derechos fundamentales, dada su trascendencia en nuestro ordenamiento constitucional, el cual prevé la tutela como la última alternativa de defensa de estos bienes jurídicos y, por otra, en que los árbitros, no obstante, su autonomía e independencia se encuentran igualmente obligados a garantizar dichos derechos] En esa misma línea, este Tribunal ha señalado que tal excepcionalidad exige respetar:

“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento.

“2.2 Reglas adicionales de procedencia

“En atención a lo anterior, en la Sentencia SU-174 de 2007 este Tribunal confeccionó unas reglas adicionales a las cuales debe sujetarse al juez constitucional a la hora de examinar la procedencia de este tipo de acciones de tutela:

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

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

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

‘(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de mediante la cual se configura la vulneración

de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo’.

“Y en la citada Sentencia SU-033 de 2018, la Corte identificó la influencia particular de estas reglas sobre tres presupuestos de la acción de tutela, a saber: las contenidos en los numerales 1 y 2 implican que el juez de tutela debe realizar una especial valoración del requisito de relevancia constitucional; **la incluida en el numeral 4 deriva en un estudio más atento del requisito de subsidiariedad; y la fijada en el numeral 3 condiciona la aplicación de los requisitos específicos de procedibilidad**⁵³.

“(…).

“2.2.2. Subsidiariedad

“En desarrollo de la regla en el numeral 4 de la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte ha reconocido que ‘el recurso extraordinario de anulación es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores ‘in procedendo’ y, en esa medida, **la regla general para estimar cumplido el requisito de subsidiariedad implica agotar el recurso de anulación.**

“Tal regla, no obstante, **admite una excepción** debido a que el Legislador restringió el recurso de anulación a unas causales taxativas y ‘por ello, es posible que en el trámite arbitral se presenten **afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y, en consecuencia, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación**⁵⁴. En tales eventos, ‘obligar al agotamiento del recurso de anulación (...) significaría un artificio innecesario cuando no se está en presencia de alguna de las causales o se pretendiera forzosamente acomodar la verdadera razón de la afectación del derecho fundamental en una de las causales de anulación’.

“En el Auto 051 de 2012, esta Corporación precisó que la idoneidad de este último recurso debe analizarse en cada caso concreto y que, de no encontrarse probada, debe admitirse la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral sin que se haya agotado el recurso de anulación.

“En estos eventos, la tutela implica ‘un primer acercamiento al laudo arbitral, por lo que la valoración sobre la eventual vulneración de derechos fundamentales habrá de ser más estricta’ y, por tanto, el juez deberá ser más exigente frente al cumplimiento del requisito de relevancia constitucional, sobre el cual se dieron luces en el numeral 2.2.1. anterior.

“2.2.3. Requisitos específicos de procedibilidad

“La regla adicional de procedencia señalada en el numeral 3 de la Sentencia SU-174 de 2007, ‘conlleva a que al examinar los requisitos o causales de procedibilidad, se deban tener en cuenta las características propias del trámite arbitral’. Lo anterior

⁵³ La negrilla no es del texto.

⁵⁴ La negrilla no es del texto.

fue desarrollado por la Sentencia T-466 de 2011 frente a los requisitos específicos de procedibilidad, tal como se plasma a continuación:

'I. Defecto sustantivo: Se presenta cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada'.

'II. Defecto orgánico: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables.

'III. Defecto procedimental: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta.

'IV. Defecto fáctico: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros (i) han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo'.

2.3. Conclusión sobre la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales

El desarrollo jurisprudencial a que se ha hecho referencia, en suma, avala la procedencia excepcional de la tutela contra laudos arbitrales y establece el análisis estricto y las reglas adicionales de procedencia a los que debe sujetarse el juez constitucional a la hora de estudiar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en estos casos.

"(...)

"4.2.3. Conclusión sobre el requisito de subsidiariedad

"En conclusión, la Acción de Tutela no satisface el requisito de subsidiariedad necesario para avalar su procedencia, pues, por un lado, no existen motivos para considerar ineficaz el recurso de anulación, y por el otro, no se probó la existencia de un perjuicio irremediable que afecte a Gecelca

Se insiste, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales previstos para la protección de un derecho, ni desplazar al juez competente, ni mucho menos servir de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, dado su carácter subsidiario, es brindar al interesado protección efectiva, actual y supletoria, para garantizar los derechos fundamentales.

*En el sub iudice, **siendo evidente la idoneidad del recurso de anulación para amparar los derechos fundamentales que se consideran vulnerados -en tanto se evidencian cargos que son susceptibles de ser alegados dentro de las causales de anulación internacionales⁵⁵ e inclusive tramitados oficiosamente-**, la Acción de Tutela se torna improcedente hasta tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado, como autoridad competente para resolver, profiera el fallo respectivo”.*

2. El juez de anulación puede estudiar la vulneración del debido proceso en la valoración de la prueba

Los accionantes advirtieron la diferencia entre la vulneración directa de los derechos fundamentales en la decisión arbitral y la que se presenta a través de las causales de anulación del laudo arbitral, lo cual resulta acertado; sin embargo, vale la pena corregir la afirmación de que en el recurso extraordinario de anulación nunca se puede entrar en la valoración del derecho fundamental al debido proceso.

Para mostrar un caso concreto, se cita la siguiente sentencia de esta Subsección (se transcribe de forma literal):

“8.4. Consideraciones de la Sala sobre la supuesta vulneración al debido proceso

“8.4.1. El cargo por violación al debido proceso propuesto en relación con el análisis del árbitro sobre el dictamen pericial, sí debe ser estudiado por el Consejo de Estado, toda vez que puede encausarse en este proceso por razón del amparo constitucional al derecho de defensa, el cual, además, se hizo valer ante el Tribunal de Arbitramento en la solicitud de aclaración y fue denegado.

“Aunque formalmente se pudiera indicar que el cargo debe ser invocado por la vía de la tutela, teniendo en cuenta que el vicio advertido por las recurrentes podría terminar evidenciando un supuesto fallo en conciencia, la Sala procederá a estudiar el argumento invocado por la recurrente.

“Además, se considera viable acceder al análisis correspondiente, toda vez que el respectivo cargo ha sido controvertido por la otra parte y analizado y denegado por el propio Tribunal de Arbitramento, de manera que no corresponde a un supuesto

⁵⁵ Original de la sentencia: *El laudo arbitral impugnado en esa oportunidad fue dictado en un Tribunal de Arbitramento que siguió las reglas del arbitraje internacional.*

sorpresivo, en tanto hizo parte del debate en la solicitud de aclaración del laudo y en el presente recurso.

“Para soportar esta postura se invocan las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2016, en la cual anuló el laudo arbitral, mas no la sentencia que desató el recurso de anulación, por considerar que no le obligaba al juez de anulación el análisis de la excepción de inconstitucionalidad. En esa sentencia la Corte Constitucional mencionó que, si bien no era obligatorio el análisis de la constitucionalidad, el juez de anulación sí podía realizarlo dentro del marco del recurso de anulación, si hubiere quedado de manifiesto en el laudo arbitral y esa circunstancia deja en descubierto un fallo en conciencia⁵⁶.

“Como conclusión, el cargo por violación del debido proceso presentado por la convocada puede ser estudiado por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación, en tanto esa circunstancia puede indicar un supuesto fallo en conciencia, debido a que fue sustentado y objeto de contradicción dentro del respectivo recurso de anulación del laudo arbitral y, según la Corte Constitucional, la labor del juez de anulación al verificar el respecto por el artículo 29 de la Constitución Política puede contribuir a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional⁵⁷.

“8.4.2. Pasando al estudio del asunto concreto (...).

“De acuerdo con el contenido del laudo arbitral, puede evidenciarse que el Tribunal de Arbitramento, tal como le es permitido al juez del contrato dentro de las potestades de valoración de las pruebas, se apartó del dictamen, parcialmente, en cuanto al número de medidores en déficit o en incumplimiento de las obligaciones de “colocación de los medidores”, que se calculó en el laudo arbitral. En este aspecto, dicho sea de paso, determinó un menor valor a cargo de la convocada, que el que se hubiera aplicado de conformidad con el dictamen.

“Por último, teniendo en cuenta la actuación que se ha relacionado, independientemente de que se comparta o no la valoración de la prueba pericial o los supuestos que adoptó el árbitro para liquidar el perjuicio, frente a lo que se alegó en el presente recurso como violación del debido proceso se tiene que concluir que el Tribunal de Arbitramento otorgó en debida forma el derecho a la contradicción sobre la respectiva prueba y que en el presente caso no se evidencia la configuración de un fallo en conciencia”

⁵⁶ Nota original de la sentencia: “Corte Constitucional, sentencia SU 556 de 2016. “19. No es incompatible con la Constitución interpretar la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 en un sentido más amplio, que admita anular laudos arbitrales cuando debiendo ser en derecho se fundan en derecho objetiva y notoriamente inválido, si además esa circunstancia deja al descubierto un fallo en conciencia. Una interpretación en ese sentido contribuiría a enriquecer los escenarios de defensa de la supremacía constitucional, sin perjudicar por ese solo hecho la naturaleza excepcional del arbitraje (CP arts 4 y 116). Sin embargo, lo cierto es que esa es una interpretación constitucionalmente posible en abstracto y no obligatoria en concreto de las causales de anulación. De hecho, lo obligatorio en principio es seguir la jurisprudencia contencioso administrativa, que no le da a la causal 6ª de anulación invocada por el Banco ese entendimiento más amplio”.

⁵⁷ Cita original de la sentencia: “Ibídem”.

“En conclusión, en este caso no se encontró vulnerado el derecho al debido proceso en lo que alegó la recurrente y no se descubre un supuesto fallo en conciencia⁵⁸.”

3. Anotación sobre el requisito de relevancia constitucional

Es importante observar que el argumento de vulneración del debido proceso no puede emplearse como mecanismo para corregir la valoración de la ley o de las pruebas a través de la tutela, toda vez que, en tal caso, la acción sería improcedente por falta de relevancia constitucional.

La sentencia T- 354 del 6 de agosto de 2019 -ya citada- expuso el alcance de este requisito así:

“2.2.1. Relevancia constitucional

“El impacto de las reglas adicionales de procedencia incluidas en los numerales 1 y 2 de la Sentencia SU-174 de 2007 frente a la relevancia constitucional, deriva en que al juez de tutela le ‘corresponde verificar si la pretensión en sede de tutela hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, o por el contrario está orientada a revivir una instancia o a plantear asuntos que merecen un estudio de fondo’. Es decir, debe demostrarse de manera inequívoca y mediante una carga argumentativa sólida la vulneración ius fundamental que haga inminente la intervención del juez constitucional.

Sobre la relevancia constitucional, también es importante traer a colación la sentencia T-422 de 2018 de la Corte Constitucional, referida a un caso de tutela contra sentencias:

“Por otra parte, el requisito de la relevancia constitucional busca evitar que, por medio de la acción de tutela contra providencias judiciales, se discutan asuntos legales que, por definición, no le compete resolver al juez de tutela, cuya competencia se limita a aquellos casos en que existan afectaciones o vulneraciones de derechos fundamentales. En otras palabras, este requisito garantiza que la tutela en contra de decisiones judiciales no se convierta en un escenario para controvertir y ‘discutir asuntos de mera legalidad’⁵⁹. La Corte ha sostenido al unísono que ‘la definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 10 de diciembre de 2018, radicación: 11001032600020180005300 (61431), convocante: Unión Temporal Medidores del Cesar 2015, convocado: Empresa de Servicios Públicos de Valledupar Emdupar S.A. E.S.P., referencia: recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

⁵⁹ Original de la cita: “Sentencias T-173 de 1993 y T-102 de 2006”.

*interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional*⁶⁰.

“Igualmente, el requisito de relevancia constitucional tiene como objetivo evitar que este mecanismo se convierta en una instancia o en un recurso judicial adicional. En este sentido, la Corte ha exigido que ‘teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental’⁶¹. ***Solo así, la intervención del juez de tutela, por definición excepcional, no se convierte en una instancia más dentro de los procesos ordinarios***⁶² (se destaca).

Este aspecto resulta de interés en el presente caso, en relación con muchos de los argumentos por defecto fáctico que expusieron los accionantes, en los cuales controvirtieron las deducciones o restas realizadas por el Tribunal de Arbitramento, las apreciaciones del dictamen y de las pruebas que, en principio, se han apreciado como materia del recurso de anulación, puesto que eventualmente serían susceptibles de la causal por fallo en conciencia.

Si la interpretación de los argumentos de los tutelantes concluye que hubo violación de la ley en la valoración de las pruebas, se llegaría a la improcedencia de la tutela por falta de relevancia constitucional, dado que la carga argumentativa no sería idónea para activar el estudio de fondo, puesto que el proceso arbitral es de única instancia y así lo han acogido las partes cuando se someten a esa jurisdicción, de manera que la tutela no es un medio para cambiar la intangibilidad del laudo, con base en una interpretación diferente de la ley o de las pruebas que analizó razonadamente el Tribunal.

4. Violación directa de la Constitución Política

Considera la Sala que, en los cargos de las demandas de tutela acumuladas en este proceso, debe resaltarse el de la violación directa de la Constitución Política que fue planteada por los accionantes, puesto que se refiere a uno de esos casos extremos sobre los cuales esta acción constitucional es procedente en tanto se argumentó, en forma específica por varios de los demandantes, que los árbitros habrían vulnerado de manera directa la Constitución Política en la decisión que adoptaron, tergiversando el supuesto precedente constitucional obligatorio de la

⁶⁰ Original de la cita: “Sentencia T-335 de 2000”.

⁶¹ Original de la cita: “Sentencia T- 102 de 2006”.

⁶² Sentencia T-422 de 2018.

sentencia C-207 de 2019, en relación con el reconocimiento de obligaciones en favor de los terceros de buena fe y por desconocer los precedentes constitucionales sobre la prueba contable y la buena fe debida los estados financieros.

En caso de que se encuentre probado que los árbitros obraron apartándose del precedente constitucional, si es que ese precedente existió y era obligatorio para el Tribunal de Arbitramento, el asunto trasciende a las causales del recurso de anulación por la categoría y el rango de la vulneración, en tanto los árbitros habrían escapado de las disposiciones de los artículos 230⁶³ y 116⁶⁴ de la Constitución Política, -que consagran su deber de administrar justicia de acuerdo con la ley- aunado a la vulneración del principio de buena fe, también consagrado en su artículo 83 Constitucional⁶⁵.

Se agrega que el cargo así planteado tiene relevancia constitucional, en el aspecto del defecto sustantivo y material, por cuanto supuestamente llevaría a una decisión apartada de la Constitución Política, por encima de aspectos puntuales del debido proceso en el procedimiento arbitral.

Por tanto, la Sala considera que le asiste la razón a los impugnantes en cuanto que los reseñados cargos sí cumplen con el requisito de la subsidiariedad y, como consecuencia, entrará a su estudio de fondo.

5. El caso concreto

5.1. Del precedente constitucional contenido en la sentencia C-207 de 2019

La Sala analiza por separado el cargo de violación directa de los derechos fundamentales, por cuanto, según los accionantes, el Tribunal de Arbitramento habría ignorado el precedente constitucional de carácter obligatorio.

⁶³ C.P. "Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley".

⁶⁴ C.P. "Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. (...). Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

⁶⁵ C.P. "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Con el propósito de ilustrar el contenido del laudo arbitral que suscitó la acción de tutela y la impugnación que ahora se examina, resulta necesario anotar que la Ley 1882 de 15 de enero de 2018⁶⁶ modificó la Ley 1508 de 2012⁶⁷ y, en su artículo 20, se refirió a la obligación de incluir en los contratos celebrados bajo la modalidad de asociaciones público privadas APP - antes contratos de concesión- una fórmula matemática para las prestaciones recíprocas, destinada a aplicarse en el evento de terminación anticipada.

Igualmente, el artículo 20 definió las pautas de la liquidación del contrato en caso de que se declarara su nulidad absoluta.

Como puede observarse, las leyes citadas eran posteriores a la celebración del contrato de concesión 001 de 2010, del cual conocía el Tribunal de Arbitramento en el caso *sub lite*, y, para cuando fueron expedidas, ya se había celebrado un acuerdo de terminación del contrato aprobado por el Tribunal de Arbitramento; sin embargo, el citado artículo 20, en su párrafo primero, indicó que lo dispuesto en este “*será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012*”.

Con base en esa última disposición, surgió la aplicación de la Ley 1882 de 2018 en los contratos de concesión de infraestructura de transporte que no se habían liquidado para el 15 de enero de 2018, aunque se hubieran celebrado antes de la Ley de 1508 de 2012.

A su turno, la sentencia C-207 de 16 de mayo de 2019 declaró exequible el primer inciso del párrafo primero del artículo 20, decisión que se adoptó en “*el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe*”⁶⁸. La misma sentencia declaró inexecutable algunos de los incisos del párrafo segundo del artículo 20 de la citada ley⁶⁹.

⁶⁶ “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁷ “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁸ La negrilla no es del texto.

⁶⁹ “**PRIMERO.** - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo: El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa,

Es importante hacer notar que en la sentencia C- 207 de 2019 la Corte solo estudió la constitucionalidad de los apartes del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 que aparecen subrayados a continuación (se transcribe de forma literal, tomado de la sentencia C- 207 de 2019):

*“LEY 1882 DE 2018
(Enero 15)*

“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

*“El Congreso de Colombia
DECRETA:*

“Artículo 20. Modifíquese el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

‘Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

‘Parágrafo 1°. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

‘Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.

2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.

*dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud. // La expresión “salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto” contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**. // **SEGUNDO**. - Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo, tercero y cuarto de del parágrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (la negrilla es del texto).*

3. *Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.*

‘4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.

‘El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.

‘El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

‘(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

‘(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

‘Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012’.

Se puntualiza que la Corte Constitucional no se pronunció sobre los incisos que estuvieron por fuera del objeto de la demanda de constitucionalidad, por lo que esas disposiciones no deben ser consideradas como materia de un supuesto precedente. Entre otros, se destacan los siguientes asuntos no examinados por la Corte en esa oportunidad (se transcribe de forma literal):

“Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

“1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.

“2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.

“3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual

“(..)

“El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

“(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

“(..)..

Los cargos de la demanda de constitucionalidad se refirieron a los reconocimientos mencionados en el primer inciso del párrafo 1 del artículo 20 frente a los efectos jurídicos de la nulidad absoluta del contrato *por objeto o causa ilícita* y la supuesta vulneración del estado de derecho, el derecho de dominio y el principio de legalidad, consagrados en los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, según se observa en la sentencia, así (se transcribe de forma literal):

“III. LA DEMANDA

“1. El demandante acusa las expresiones subrayadas de la disposición al considerar que las nulidades son sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, por las cuales el acto o contrato viciado de una irregularidad que transgrede su deber ser pierde sus efectos jurídicos. Señala que existen diversas clases de nulidades y explica cómo la nulidad absoluta es aquella que se da, entre otras causales, cuando el acto tiene un objeto o causa ilícita, por lo cual el vicio resulta insanable. En consecuencia, la norma que establece que se deben reconocer en la liquidación el valor de los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista en un contrato viciado de nulidad resultaría contraria a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política,^[1] en tanto “reconocer derechos de contenido patrimonial de un contrato que contraviene el interés público vulnera la prevalencia del interés general y el respeto al ordenamiento jurídico consagrado en nuestra constitución.”

“2. Argumenta que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en determinar que el fin principal de la contratación pública está asociado directamente al interés general, pues es uno de los instrumentos de los cuales se vale el Estado para cumplir con sus finalidades por lo que la libertad de configuración del legislador en la materia no puede consagrar disposiciones normativas que vayan en contravía de dicho interés general. Al respecto cita la sentencia C-713 de 2009.^[2]

“3. En tal sentido, sostiene que resulta contrario a la Constitución de 1991 que se consagre por parte del legislador el reconocimiento de derechos patrimoniales obtenidos como consecuencia de la ejecución parcial de un contrato revestido de objeto o causa ilícita que, por lo tanto, desde su creación vulneró el ordenamiento jurídico. Para el accionante resulta una transgresión al principio de legalidad, a los fines propios del Estado Social de Derecho y a la licitud que caracteriza el derecho

a la propiedad privada, “que puedan o deban hacerse reconocimientos adicionales a los contratistas en relación a lo que han ejecutado, pues ello sería premiar su conducta contraria a la ley con posteriores pagos y cancelaciones”.

“4. Considera por lo tanto que las expresiones subrayadas del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, al no hacer expresa exclusión de situaciones de ilicitud originadas mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, resultan abiertamente contrarias a los límites que tiene la propiedad y el derecho de dominio consagrados en el artículo 58 y en el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución Política, referente al enriquecimiento ilícito, así como al principio de legalidad.

“5. En consecuencia solicita que la norma sea declarada inconstitucional o al menos constitucional modulada, con el fin de señalar que cuando la declaratoria de nulidad absoluta o terminación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal sea consecuencia de un objeto o de una causa ilícita, por implicar enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, no habrá lugar a restitución o reconocimiento adicional alguno ni en costos, ni en inversiones, ni en gastos y mucho menos en intereses al contratista, pues ello sería permitir un enriquecimiento sin justa causa”.

La Corte Constitucional observó, al verificar el requisito de claridad de la demanda, lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“En efecto su argumentación es unívoca y mantiene un hilo lógico argumentativo. Se dirige a debatir la exequibilidad de las expresiones de la disposición señalada respecto del reconocimiento del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista cuando se hubiere declarado la nulidad absoluta del contrato, incluyendo los intereses, remuneraciones y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. **Ello por cuanto considera que el legislador no puede establecer el reconocimiento de una remuneración de los gastos a quien haya actuado de forma ilícita en detrimento del patrimonio público o incurriendo en corrupción, pues ello atentaría contra los pilares que rodean la concepción constitucional de la licitud como elemento esencial para la consolidación de un derecho patrimonial, así como la moral social y la protección del patrimonio público**”⁷⁰.

Como consecuencia, la Corte analizó la constitucionalidad de la disposición, en cuanto estaría permitiendo reconocimientos “a quien haya actuado en forma ilícita” y resolvió:

“**PRIMERO.** - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo: El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que **los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante**

⁷⁰ La negrilla no es del texto.

una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud⁷¹.

Sobre los asuntos contables, se advierte que, en los conceptos de expertos, recaudados por la Corte Constitucional en la audiencia técnica, se indicó (se transcribe de forma literal):

*“Frente a la pregunta sobre la fórmula establecida en la disposición demandada el Viceministro LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ señaló que es una forma de compensar todos los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista, como un incentivo para financiar por medio de la inversión privada grandes proyectos de infraestructura de suma importancia para el desarrollo económico del país, que alcanza el valor de 1.0 del PIB. Señaló que en términos fiscales estos rubros no se pueden contabilizar porque es una disposición nueva y porque es difícil prever esas contingencias, al igual que ocurre con las sentencias, respecto de las cuales se hace apenas un cálculo aproximado. Sin embargo, sostuvo que el costo económico que tiene para el Estado no poder adelantar esos proyectos con inversión privada, excedería con creces el valor de las restituciones que se establecen en la norma y que si no existiera, se incrementaría el riesgo de no participación en estos contratos de infraestructura del inversionista privado”*⁷² (la negrilla no es del texto).

Acerca de la prueba contable en el contrato de concesión, la Sala no puede dejar de advertir que los flujos futuros no se encuentran probados en los estados financieros básicos -como el balance y el estado de resultados- ni en los libros de contabilidad, lo que resulta comprensible, en tanto reflejan los hechos económicos ocurridos a la fecha de corte del ejercicio o del registro correspondiente.

Otra cosa es que la contabilidad pueda servir como una de las fuentes de información para elaborar los flujos, actualizar los valores y realizar un ejercicio financiero, en orden a traer a valor presente el impacto estimado de la terminación anticipada del contrato, al que se refería el experto consultado por la Corte Constitucional como una contingencia, que, antes de que se materialice, solo permite un cálculo y un eventual registro contable, estimado o aproximado.

En Colombia no existe una tarifa probatoria contable, la contabilidad es plena prueba de los hechos que ella registra bajo determinados requisitos, pero ello no significa que el juez del contrato esté limitado o restringido a la prueba contable.

⁷¹ La negrilla no es del texto.

⁷² Conceptos recaudados por la Corte Constitucional en audiencia técnica ante Sala Plena el 30 de abril de 2019.

Por último, se advierte que la sentencia de constitucionalidad no se pronunció sobre la valoración de las pruebas, ni sobre el debido proceso. Tampoco definió el alcance de conceptos como reconocimiento, remuneración, precio de mercado o valor actualizado a los cuales se pretende aplicar un precedente constitucional. Esos conceptos han quedado al desarrollo de la jurisprudencia, quizás con fundamento en la ley de asociaciones público-privadas, por la forma particular como se estructuran los flujos de la concesión.

Por supuesto que tanto la sentencia C-207 de 2018 como la Ley 1882 de 2018 presentaron pautas de liquidación, pero en cada caso la prueba de los valores a reconocer dependerá de la estructuración de la contratación y las transacciones financieras que se hayan presentado entre las partes y con terceros y el análisis de las fuentes y los usos de “*las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo*” a las que se refirió la Ley 1882 de 2020.

El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las restituciones derivadas de la nulidad absoluta del contrato –declarada en este caso por objeto y causa ilícita- a pagar con los recursos del fideicomiso, y sobre ellos aplicó la prelación de pagos, prevista en la Ley 1882 de 2018, en favor de los terceros de buena fe a los que se refirió la sentencia C- 207 de 2019, en lo cual no se advierte la vulneración del debido proceso sino el cumplimiento de la ley y del deber de administrar justicia de conformidad con esta.

Por lo expuesto, no comparte la Sala los conceptos de los apoderados de los accionantes tendientes a considerar la sentencia C-207 de 2019 como un precedente obligatorio o una *ratio decidendi* para determinar que el juez o los árbitros no pueden establecer los valores de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, que solo el experto o el perito pueden fijarlos o que no pueden tomar ningún dato de los estados financieros cuando se advierte que en ellos se registraron transacciones ilícitas o no asociadas al proyecto⁷³.

⁷³ Sobre esto último también podría explicarse que el artículo 264 del CGP reguló la indivisibilidad de los libros de contabilidad frente a unos determinados supuestos entre las partes y que los estados financieros contienen un ejercicio valorativo que va más allá de las transacciones registradas en los libros de contabilidad. Además, desde el escenario de la tutela, debe resaltarse –siguiendo la reseña que se presentó del trámite arbitral en esta providencia- que en el proceso arbitral la convocante desistió de un dictamen contable y no exhibió sus propios libros de contabilidad al concepto de expertos.

Por todo lo expuesto, se denegarán los amparos solicitados por supuesta violación directa de la Constitución y vulneración del precedente constitucional

5.2. Análisis de las impugnaciones en cuanto al requisito de la subsidiariedad

Los argumentos expuestos en la demanda de tutela sobre el defecto sustantivo, así como los que se expresan en el defecto fáctico, se refieren a la interpretación de la Ley 1882 de 2018 respecto de la valoración de las pruebas y la congruencia de la decisión, por lo que podrían enmarcarse en las causales de anulación previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012⁷⁴: fallo en conciencia, incongruencia y falta de competencia, asuntos que debe definir el juez del recurso extraordinario de anulación, de acuerdo con las causales que se presentaron en ese proceso, según pasa a explicarse a continuación.

En cuanto al método utilizado por la sentencia de primera instancia, que consistió en enfrentar las causales del recurso de anulación con los cargos de la tutela, considera la Sala que es adecuado, por cuanto no puede el juez de tutela ahondar en el contenido de las causales de anulación para determinar si procede ese recurso extraordinario o el de tutela. Por ello, el análisis del alcance del recurso de anulación es general y se realiza bajo la regla de que es un medio eficaz para cuestionar los asuntos contenidos en las causales.

Incluso se observa que, si los hechos narrados en la demanda pueden entenderse como constitutivos de causal de anulación, aunque no se hayan propuesto en el respectivo recurso extraordinario de anulación, se debe concluir que no se supera el requisito de subsidiariedad, puesto que la parte pudo interponer el recurso.

Por ello, el análisis de la subsidiariedad no se basa en una comparación de fondo frente a la configuración o no del fallo en conciencia o la falta de competencia para adoptar las decisiones arbitrales, puesto que el examen de esos eventos corresponde al juez de anulación.

⁷⁴ Ley 1563 de 2012. “Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: (...) 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. (...). 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. (...) 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

No obstante, La Sala hará un ejercicio adicional, tomando los defectos concretamente imputados y no solo los cargos de la tutela, de manera genérica.

5.3. Argumentos de Episol - Detalle de los cargos de la tutela presentada por Episol

Teniendo en cuenta que Episol indicó que no se analizaron los argumentos concretos invocados para soportar la procedencia de la tutela, la Sala se detendrá en su análisis.

5.3.1. Defecto Sustantivo argumentado por Episol

A continuación, se reseñan los argumentos concretos del defecto sustantivo, presentado por Episol:

- El Tribunal no acató la norma (artículo 20 de la Ley 1882 de 2018) y no tuvo en cuenta el referido dictamen en los términos exigidos por la ley, pues *“determinó los reconocimientos de que trata la norma partiendo de sus propios cálculos, como el propio Tribunal lo admite, sin que estos JAMÁS contaran con la validación de un tercero experto, de acuerdo con la exigencia legal”*⁷⁵.
- El Tribunal de Arbitramento decidió rechazar la objeción por error grave al cálculo del CAPEX y determinó que el realizado por el tercero experto (D&P) resultaba adecuado; no obstante, al determinar el valor del CAPEX *“cae en una incongruencia grosera”*, toda vez que afirma que el dictamen está permeado por las cifras de la concesionaria y su *epecista* y, por ello, es deficiente el estudio de precios de mercado⁷⁶.
- El Tribunal se basa, sin motivo ni razón alguna, en afirmar que la contabilidad no le es confiable; empero, el mismo revisor fiscal, en su testimonio ante el panel arbitral, acreditó que, al no haber dado su opinión respecto de los estados financieros de 2016 y 2017, no implicaba consecuencias respecto de su validez, confiabilidad o legitimidad⁷⁷.

⁷⁵ Página 31 de la demanda de tutela.

⁷⁶ Página 33 de la demanda de tutela.

⁷⁷ Página 37 de la demanda de tutela.

- El Tribunal “*en su decisión está completamente desligado del material probatorio y, por el contrario tergiversa las pruebas recopiladas para imponer su decisión desacreditando el dictamen pericial decretado de oficio por el propio Tribunal*”⁷⁸.
- Los árbitros modificaron flagrantemente la forma de aplicación del mandato legal del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, dado que “*es al experto y no al juez del contrato, a quien por expreso mandato legal le corresponde validar las cifras correspondientes*”⁷⁹.
- Si la prueba pericial no resultaba suficiente, el Tribunal de arbitramento ha debido declarar nulo el Contrato de Concesión y “*abstenerse de efectuar la liquidación/restituciones mutuas*”⁸⁰.
- La Corte declaró exequible la protección de los derechos de terceros de buena fe, pero esa protección no consiste solo en reconocer los valores sino que dichos pagos “*se deben ver materializados y contemplados en las restituciones ordenadas*”⁸¹.

Episol afirmó que los árbitros, descalificando la norma que imperativamente debían aplicar y con desprecio de la calidad conceptual de la doctrina constitucional que contiene la Sentencia C-207:

*“invocando su ‘obligado cumplimiento’ hicieron malabares para desconocer integralmente su mandato. Dicha apreciación no resulta de un mero capricho subjetivo de esta apoderada; por el contrario esto es evidente y explícito en el Laudo Arbitral que, al definir las restituciones mutuas procedentes en virtud de la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión, negó el reconocimiento de las obras ejecutadas a satisfacción y recibo por la entidad contratante (...) resultando su decisión en la potísima negación del ordenamiento positivo y del mandato del juez constitucional que preciso su alcance y contenido”*⁸².

Finalmente, puntualizó que las “*sumas y restas*” que realizó el Tribunal carecen de aval probatorio y están en contravía de lo que certificó el perito.

5.3.2. Defecto fáctico argumentado por Episol

⁷⁸ Página 36 de la demanda de tutela.

⁷⁹ Página 37 de la demanda de tutela.

⁸⁰ Página 39 de la demanda de tutela.

⁸¹ Página 43 de la demanda de tutela.

⁸² Página 46 del escrito de tutela.

- Según la accionante, la doctrina ha advertido que es arriesgado apartarse del dictamen para introducir un análisis técnico sobre el cual el juez carece de conocimientos.
- Indicó que el Tribunal de Arbitramento se apartó de las cifras del dictamen y se apoyó en otros documentos para introducir los descuentos, con base en el acuerdo de transacción suscrito entre Consol y la concesionaria, del que tomó los costos de esa “*Epecista*” que la ANI no debía reconocer, según su interpretación de la Ley 1882 de 2018⁸³.
- En su criterio, el defecto fáctico resulta evidente porque se omitió el concepto del experto, se fundó en cálculos y en cifras sin prueba, dando lugar a una providencia judicial carente de sustento.
- Expuso la accionante que la indebida valoración probatoria del alcance del contrato EPC⁸⁴, que estaba definido desde el pliego de condiciones, llevó a establecer que la ANI únicamente debía pagar lo facturado por la contratista EPC a la concesionaria, en virtud de la transacción de eventos eximentes de responsabilidad, puesto que el Tribunal se apoyó en los testigos y en el juicio subjetivo de que los recursos pactados a favor de la *epecista* nunca estuvieron holgados, porque alcanzaron para pagar excedentes a los socios, coimas y campañas políticas⁸⁵.
- Advirtió que, al realizar el cálculo de los descuentos en el componente de CAPEX, el Tribunal de Arbitramento incluyó como sobrecostos obras que ni siquiera contempló el acuerdo de transacción en que se basó⁸⁶.

⁸³ Página 59 del escrito de tutela.

⁸⁴ Página 73 del escrito de tutela. Según las definiciones del pliego de condiciones “*Contratista EPC- Es la persona jurídica, consorcio, unión temporal o cualquier otra forma de asociación entre personas jurídicas, nacional o extranjera que celebrará el contrato EPC con el concesionario y que deberá cumplir y acreditar los requisitos mínimos de experiencia que señalan en la sección 5.01 del presente contrato*”. El alcance del contrato EPC correspondió a la construcción de la carretera nueva y a la rehabilitación de la existente.

⁸⁵ Página 75 de la demanda de tutela.

⁸⁶ Página 75 de la demanda de tutela.

- La accionante consideró probado que el Tribunal tergiversó y manipuló a su antojo el bagaje probatorio que resultaba absolutamente claro y contundente y profirió una decisión ajena al material probatorio existente⁸⁷.

5.3.3. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación de Episol en torno de la subsidiariedad

La Sala observa que los cargos presentados por Episol narran el apartamiento de la ley imperativa supuestamente aplicable al caso concreto, la incongruencia grosera, el desconocimiento absoluto de la prueba, la decisión desligada del material probatorio y carente de cualquier prueba, la potísima negación del ordenamiento positivo, el total desconocimiento de la protección otorgada por la Ley 1882 de 2018, la indebida valoración de las pruebas, el apartamiento total de las cifras probadas, la manipulación del material probatorio para apartarse de este, todo lo cual, de ser probado, podría enmarcarse en la causales del recurso extraordinario de anulación, como el fallo en conciencia y la incongruencia de las decisiones, amén de que, si se le diera una interpretación sobre el cuestionamiento de la valoración probatoria, la tutela no resulta el medio idóneo para rebatir el análisis de la pruebas, puesto que el laudo arbitral es un fallo de única instancia.

Como consecuencia, salvo en lo que ya se advirtió y se estudió de fondo sobre el supuesto precedente constitucional en esta providencia, debe reiterarse que el análisis de los cargos presentados por la demandante no permite concluir que la tutela superó el requisito de la subsidiariedad.

Si se diera otro alcance a los cuestionamientos de la impugnante, se llegaría a concluir acerca de la improcedencia de la tutela por falta de relevancia constitucional, por cuanto los argumentos se situarían en la pretensión de modificar la valoración normativa y probatoria del Tribunal de Arbitramento.

No obstante, se considera que ante la evidencia del requisito de subsidiariedad, no es necesario cuestionar la falta de relevancia constitucional.

5.4. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación presentada por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.

⁸⁷ Página 76 de la demanda de tutela

En relación con los argumentos de Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A., ya reseñados en esta providencia, se advierte que corresponde al juez del recurso extraordinario de anulación y no a las partes definir los límites del fallo en conciencia y de las demás causales del recurso de anulación, por cuanto es el juez natural de esos eventos.

Por tanto, no se acepta el argumento de análisis que trata de mostrar que no se configura el fallo en conciencia o que el recurso de anulación no es idóneo para debatir un asunto relacionado con el apartamiento de la ley o de la prueba dentro del amparo de tutela.

Como consecuencia, el análisis de los cargos presentados por la demandante no permite concluir que la tutela superó el requisito de la subsidiariedad.

5.5. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación presentada por el Banco de Occidente

Frente a los argumentos del Banco de Occidente – ya reseñados en esta providencia- se advierte que el debido proceso también se protege en el recurso de anulación y no corresponde al accionante escoger o clasificar la acción pertinente a través del alcance de los argumentos sobre la valoración de la prueba o la interpretación de la ley.

El método del cotejo general de cargos de tutela y causales de anulación, que se critica por el Banco de Occidente, se considera adecuado, en cuanto no corresponde al juez de tutela profundizar en el alcance de las causales de anulación sobre asuntos específicos.

La violación del derecho que se narra por el Banco de Occidente se refiere a un supuesto apartamiento de la ley o de la prueba, que puede constituir fallo en conciencia y, si se diera otra interpretación a sus argumentos, se llegaría igualmente a la improcedencia de la tutela, puesto que no es el medio idóneo para cuestionar la valoración y alcance de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento.

La falta de competencia que se plantea podría corresponder con un fallo más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, respecto del cual el medio de defensa eficaz es el recurso de anulación.

Los argumentos del Banco de Occidente resultan juiciosos y mucho podría decirse sobre ello, pero en una sentencia de segunda instancia. Es muy importante advertir que, si el

juez de tutela accediera al análisis de los argumentos del banco, tendría que reabrir el alcance de valoración normativa y fáctica que realizó el Tribunal de Arbitramento, de manera, también, juiciosa y soportada.

Si se diera esa interpretación a la tutela, la invocación del amparo se entiende improcedente, por cuanto no es un instrumento idóneo para variar el análisis de la Ley 1882 de 2020 que realizó el Tribunal de Arbitramento.

5.6. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación del Banco Davivienda

No es potestativo del accionante definir si interpone la tutela en forma previa, paralela o posterior al recurso de apelación. El criterio que define la subsidiariedad no es la voluntad de las partes para seleccionar la acción sino el contenido de la vulneración del derecho y que respecto de este no exista otro medio de defensa eficaz.

Es el juez de anulación al que corresponde decidir si a los coadyuvantes en el proceso arbitral les aplicaba o no la exigencia de haber presentado un recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia y si la decisión fue más allá de lo pedido o por fuera de lo que estaba sometido a la competencia de los árbitros.

Como consecuencia, se confirma que la tutela presentada por el Banco Davivienda, salvo en la invocación del supuesto precedente constitucional, no supera el requisito de la subsidiariedad.

En cuanto a dicho argumento, se accedió al estudio de fondo en esta providencia, y se advierte que no se configuró un precedente obligatorio en la estimación de las pruebas que supuestamente fueron desconocidas.

5.7. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación presentada por el Banco de Bogotá, el Banco Popular el banco AV Villas

Como se ha expuesto en esta providencia, las pautas de las restituciones mutuas y en especial la prueba para definir el valor de las cuentas que lo componen no ha sido objeto de un precedente constitucional.

El laudo de 6 de agosto de 2019 y su auto aclaratorio indican la aplicación de la Ley 1882 de 2018, sobre los recursos del patrimonio autónomo como reza su tenor literal, tal como se ha expuesto en esa providencia.

El defecto por supuesto apartamiento de las pruebas no supera el requisito de subsidiariedad.

Si se diera otra interpretación a los argumentos de la entidad financiera, se llegaría a la conclusión de la improcedencia de la tutela por falta de relevancia constitucional, puesto que los pasaría por cuestionar la valoración de la Ley 1882 de 2018 y de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento y la tutela resultaría siendo utilizada para abrir una segunda instancia del laudo arbitral.

5.8. Consideraciones de la Sala sobre la impugnación presentada por Bancolombia

En relación con los argumentos de Bancolombia se advierte que ni el recurso de anulación ni la tutela contra laudo arbitral permiten que las partes busquen una nueva instancia para cambiar la interpretación normativa o la valoración de los medios de prueba que han realizado los árbitros. Si se presentó o no un apartamiento total de las pruebas, será valorado por el juez de anulación.

El defecto por desconocimiento del precedente constitucional se ha admitido y estudiado de acuerdo con lo ya considerado en esta providencia.

Por todo lo expuesto, la Subsección confirmará la decisión impugnada que declaró la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, en cuanto a los cargos relacionados con el requisito de la subsidiariedad, salvo en los que invocaron la violación del presente constitucional, respecto del cual, de acuerdo con el análisis de fondo expuesto en esta providencia, se denegará el amparo.

5.9. Análisis de la supuesta violación del buen nombre invocada por Episol

No es cierto que la sentencia de primera instancia haya dejado de identificar las conductas de Episol que fueron objeto de las consideraciones del laudo imputadas como violatorias del buen nombre.

En el punto 2.4.5. de las consideraciones de la sentencia se realiza un análisis del caso concreto en relación con el derecho fundamental al buen nombre (*“Good Will”*) de Episol.

La sentencia transcribió los párrafos del laudo arbitral que reprocharon las conductas de los socios, incluyendo la argumentación completa de la referencia al fraude a la ley a través de los vehículos estructurados para la concesión e identificó que no hubo una apreciación carente de concreción ni violatoria del buen nombre.

No se aceptan los argumentos de Episol, toda vez que la Sección Quinta del Consejo de Estado sí analizó las pruebas concretas en que se fundaron las consideraciones de los árbitros, entre otros, en los siguientes párrafos (se transcribe de forma literal):

“425. Conclusiones que, contrario a lo afirmado por la accionante, encontraron suficiente soporte probatorio, en: i) el documento contentivo el contrato; ii) el dictamen pericial de Duff & Phelps y iii) los testimonios de Mauricio Millán, alto funcionario de Corficolombiana, y Vannesa Garay Guzmán, Gerente General de Episol.

“426. En tercer lugar, no se evidencia que la autoridad arbitral tuviera la intención de afectar el “good will” de Episol y que sus conclusiones fueran producto de “meras apreciaciones de carácter subjetivo”, contrario a esto el análisis de las conductas de los socios de la concesionaria y la valoración de las pruebas testimoniales y documentales que realizó el Tribunal fue objetivo y suficientemente argumentado, para determinar que se desconocieron los deberes de buena fe, diligencia y confianza”.

La Sala agrega que en este proceso asiste la razón a la Agencia Nacional de Defensa del Estado ANDJE, en la argumentación que reseñó la sentencia de primera instancia, así (se transcribe de forma literal):

*“(…) De manera que las afirmaciones contenidas en el Laudo no están encaminadas a atentar contra el buen nombre de la accionante, sino que **describen su comportamiento contractual**”⁸⁸.*

En la impugnación, la accionante introduce reproches contra las comunicaciones en redes sociales de la señora árbitro, posteriores a la sentencia de tutela, los cuales constituyen apreciaciones de la apoderada de Episol sobre el tono que se habría empleado en esas comunicaciones, pero no comprueban la vulneración del buen nombre en el laudo arbitral y ni siquiera hacen parte de los hechos que se juzgan en este proceso.

Como consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en la decisión correspondiente a la denegación del amparo solicitado en la tutela presentada por

⁸⁸ Párrafo 63 de la sentencia de primera instancia

Episol, por no haberse configurado la violación del derecho fundamental al buen nombre.

6. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría 55 Judicial II Administrativa presentó concepto de 11 de mayo de 2020⁸⁹ en el que concluyó que la sentencia de primera instancia debe confirmarse, así (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto):

“Por lo expresado en las anteriores consideraciones, esta Procuraduría concluye que la sentencia de 27 de febrero de 2020, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se encuentra ajustada a derecho conforme a los parámetros que el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado determinan respecto de los requisitos de subsidiariedad y relevancia constitucional en situaciones de simultaneidad de la acción de amparo y del recurso extraordinario de anulación en contra de un laudo arbitral. La providencia impugnada no solo analizó la procedencia de la tutela mediante la comparación de los defectos alegados por vía constitucional y a través de los 9 recursos extraordinario de anulación, sino que siguió el derrotero jurisprudencial plasmado en las sentencias de unificación SU-174 de 2007, SU-500 de 2015, SU656-2017 y SU-033 de 2018, entre otras, las que sin duda exigen un estricto y riguroso examen cuando se trata de revisar una providencia arbitral frente al mecanismo de amparo constitucional en relación con los requisitos antes referidos.

*“El indebido agotamiento del requisito de subsidiariedad y la falta de relevancia constitucional, en este caso surgió de i) **La identidad argumentativa de los 9 recursos extraordinarios de anulación y las causales específicas de la tutela;** ii) **El desconocimiento del principio de no contradicción,** iii) **La inconformidad de la parte accionante recae sobre derechos patrimoniales y iv) Las pretensiones son de rango legal y naturaleza contractual,** conforme se expuso en cada uno de los ítems que previamente se desarrollaron en el marco jurídico que gobierna la procedibilidad de la tutela respecto del laudo arbitral.*

“Como no se satisfacen los requisitos de relevancia constitucional y debido agotamiento del requisito de la subsidiariedad de procedencia de la tutela contra el laudo de 6 de 2019 y su aclaración de 16 de agosto de la misma anualidad, la impugnación que elevó la Sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., en criterio de esta Procuraduría quedó sin efecto jurídico, por ello respetuosamente se sugiere confirmar la sentencia recurrida de 27 de febrero 2020”.

7. Otras actuaciones

⁸⁹ Recibido el 20 de mayo de 2020, expediente digital 2020519142432.pdf

El 18 de mayo de 2018 se recibieron en este despacho varios documentos electrónicos, que se compendian y estudian así:

i) La renuncia del apoderado del Banco de Bogotá, Banco Popular y Banco Av Villas, contenida en correos electrónicos dirigidos a esta Corporación y a los funcionarios de los bancos. Dado que la referida renuncia estuvo acompañada de la comunicación a las entidades bancarias poderdantes, no requiere auto que la admita, se conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 76 del C.G.P⁹⁰.

ii) Los correos del Ministerio Público informando las direcciones de notificación en este y otros procesos. Esta información se tomará en cuenta para las notificaciones correspondientes, pero no requiere pronunciamiento especial en la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1º MODIFICAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la cual quedará así.

*“**PRIMERO: TENER** como coadyuvante en la presente acción de tutela a la sociedad **CSS Constructores**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*“**SEGUNDO: NEGAR** la condición de coadyuvante de la acción de tutela presentada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., a la **Constructora Norberto Obedrecht S.A.**, y tenerla como accionante.*

*“**TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, alegada por la autoridad arbitral accionada.*

*“**CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela por todos los cargos, con excepción del derecho al buen nombre (“good will”) de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., y la vulneración del precedente constitucional, por no concurrir el requisito genérico de procedibilidad, referido a la subsidiariedad.*

⁹⁰ “La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”.

“QUINTO: NEGAR la protección constitucional del derecho al buen nombre propuesto por la sociedad **Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. EPISOL S.A.S.**

“SEXTO: NEGAR las pretensiones de las tutelas presentadas por la supuesta vulneración del precedente constitucional contenido en la sentencia C- 207 de 2019.

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

“OCTAVO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoría del fallo, para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991”.

2º: NOTIFICAR la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

3º. Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO